

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JESSICA CAMPOS SARTURI

**A VIABILIDADE DA APLICAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO AO  
PROCESSO JUDICIAL CIVIL**

Florianópolis, SC  
2015

**JESSICA CAMPOS SARTURI**

**A VIABILIDADE DA APLICAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO AO  
PROCESSO JUDICIAL CIVIL**

Trabalho de Conclusão apresentado ao  
Curso de Graduação em Direito da  
Universidade Federal de Santa Catarina,  
como requisito à obtenção do grau de  
Bacharel em Direito.

**Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Grazielly  
Alessandra Baggenstoss.**

Florianópolis, SC


2015

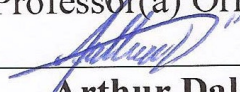


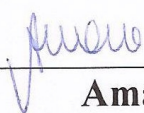
**Universidade Federal de Santa Catarina**  
**Centro de Ciências Jurídicas**  
**COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**  
**TERMO DE APROVAÇÃO**

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**A viabilidade da aplicação da Análise Econômica do Direito ao Processo Judicial Civil**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Jéssica Campos Sarturi**, defendido em **10/07/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 7 de Julho de 2015

  
\_\_\_\_\_  
**Grazielly Alessandra Baggenstoss**  
Professor(a) Orientador(a)

  
\_\_\_\_\_  
**Arthur Dalmarco**  
Membro de Banca

  
\_\_\_\_\_  
**Amana Kauling Stringari**  
Membro de Banca

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

CPC – Código de Processo Civil de 1973

nCPC – Novo Código de Processo Civil de 2015

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

LaE – *Law and Economics*

AED – Análise Econômica do Direito

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

VED – Valor esperado da demanda

## RESUMO

O presente trabalho objetiva demonstrar a viabilidade da aplicação da análise econômica do direito ao processo judicial civil. Para o desenvolvimento do tema, utiliza-se o método dedutivo, por meio da análise de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, bem como das normas processuais e constitucionais condizentes ao tema. Com alicerce nas referidas fontes, primeiramente, apresentar-se-á um delineamento formativo e aplicativo da análise econômica do direito, abordando o seu surgimento e evolução, sua metodologia e, ainda, destacando as premissas necessárias à utilização do instrumental econômico. Em seguida, abordar-se-á o direito processual civil no ordenamento jurídico pátrio e, no decorrer do capítulo, serão traçadas as linhas evolutivas do processo para, logo após, conceituar alguns temas jurídico-econômicos presentes no atual Código de Processo Civil (1973), salientando, sinteticamente, as inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil (2015). Ao final, no terceiro capítulo, onde se concentra o objeto de estudo do presente trabalho, pretende-se demonstrar os porquês da viabilidade da aplicação da teoria econômica ao processo judicial civil. Assim, para concretizar tal finalidade, os institutos processuais conceituados naquele segundo momento, serão analisados sob a ótica econômica, apontando-se suas ineficiências, eficiências, bem como as possíveis soluções a serem adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

**Palavras-chave:** Análise Econômica do Direito, Direito Processual Civil, Código de Processo Civil, Novo Código de Processo Civil.

## SUMÁRIO

<b>CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....</b>	<b>6</b>
<b>1 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: DELINEAMENTOS TEÓRICOS DE FORMAÇÃO E APLICAÇÃO.....</b>	<b>9</b>
1.1 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DA ANÁLISE ECONOMICA DO DIREITO.....	9
1.2 METODOLOGIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	13
1.2.1 Análise Econômica Positiva e Normativa.....	15
1.3 PREMISSAS ÚTEIS À APLICABILIDADE DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	17
1.3.1 A Escolha Racional.....	18
1.3.2 As Teorias sobre Eficiência.....	23
1.3.2.1 A Eficiência de Pareto.....	24
1.3.2.2 A Eficiência de Kaldor-Hicks.....	26
<b>2 O DIREITO PROCESSUAL CIVIL E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....</b>	<b>30</b>
2.1 LINHAS EVOLUTIVAS DO PROCESSO.....	30
2.2 O PROCESSO.....	37
2.3 INSTITUTOS JURÍDICO-ECONÔMICOS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO.....	40
2.3.1 As astreintes.....	41
2.3.2 A multa por ato atentatório à dignidade da jurisdição, por violação do dever de parte e por litigância de má-fé.....	46
2.3.3 A audiência preliminar.....	50
2.3.4 Os custos do processo.....	56
2.3.5 A conciliação.....	60
2.3.6 O sistema de precedentes.....	63
<b>3 ANÁLISE ECONÔMICA DO PROCESSO BRASILEIRO: INSTITUTOS DE PROCESSO CIVIL.....</b>	<b>69</b>
3.1 ANÁLISE DOS TEMAS JURÍDICO-ECONÔMICOS SOB A ÓTICA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	70
3.1.1 Análise econômica das astreintes.....	70
3.1.2 Análise econômica da multa por ato atentatório à dignidade da jurisdição, por violação do dever de parte e por litigância de má-fé.....	75
3.1.3 Análise econômica da audiência preliminar.....	80
3.1.4 Análise econômica dos custos do processo.....	84
3.1.5 Análise econômica da conciliação.....	90
3.1.6 Análise econômica do sistema de precedentes.....	97
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>104</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>110</b>

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Diante da ineficiência da prestação jurisdicional<sup>1</sup>, o ordenamento jurídico brasileiro, bem como o processo, clamam por reinvenção. Nesse cenário, mostra-se interessante a conjugação do direito e da economia, disciplina a qual oferece um instrumental teórico e analítico robusto, que, atrelado ao da ciência jurídica, nos permite enxergar com mais clareza as decisões tomadas pelos indivíduos num ambiente onde os recursos são escassos (mercadológico). Ademais, propicia-nos a capacidade de vislumbrar as normas jurídicas, sob a ótica dos preços, considerando-as como incentivos que, neste contexto, pautarão as condutas individuais. Permite-nos, assim, a partir da observação desses comportamentos singulares, prever as escolhas realizadas pelo grupo.

O objetivo da presente monografia é demonstrar, pragmaticamente, a relevância e a viabilidade da aplicação da teoria econômica ao direito. Para isso, recorre-se a análise jurisprudencial, doutrinária e legal, destacando as ineficiências e, também, os pontos em que se pode dizer que o ordenamento pátrio, mostra-se competente para, jurídica e economicamente, suprir as necessidades dos jurisdicionados.

Em vista disso, no primeiro capítulo deste trabalho, realizar-se-á uma abordagem dos aspectos evolutivos e formativos da Análise Econômica do Direito (AED), também chamada de *Law and Economics* (LaE) pelos norte-americanos, desde a sua concepção, como uma das correntes do realismo jurídico, dos anos 60, nos Estados Unidos, até sua tímida inserção nos países latino-americanos. Ademais, engloba-se, nesse primeiro momento, as pontuações acerca da metodologia adotada pela LaE, além de seu caráter prescritivo e normativo.

No capítulo 1, também serão tratadas as premissas básicas que norteiam o estudo e a aplicação do método econômico, tais como a racionalidade maximizadora dos agentes, os quais buscam, em suas escolhas, sempre optar pelo que lhe é mais vantajoso ou útil, ainda que isso importe a violação de um dispositivo legal. Além disso, serão abordados os critérios de eficiência de Pareto e de Kaldor-Hicks, relacionando-os com o que Richard T. Posner entendeu por eficiência.

No segundo capítulo, serão traçadas as linhas evolutivas do direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, mormente o que diz respeito a sua natureza jurídica e a

1 Justifica-se a ineficiência através da análise da taxa de congestionamento do Superior Tribunal de Justiça, segundo dados do CNJ, ela encontra-se no patamar de 51,9%, já que não dá vazão no que entra, o que acaba por resultar num estoque alto. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/relatorio-justica-em-numeros/#p=2013\\_2\\_89](http://www.cnj.jus.br/relatorio-justica-em-numeros/#p=2013_2_89)>. Acesso em: 15 jul. 2015.

sua finalidade no Estado Democrático de Direito. Para, ainda, apresentar a conceituação dos temas jurídico-econômicos selecionados no Código de Processo Civil de 1973, definindo-os e apresentando-os, resumidamente, também sob a concepção do Novo Código de Processo Civil – que vigorará a partir de março de 2016.

No último capítulo, realizar-se-á a análise econômica do processo judicial civil brasileiro, por meio da observação do comportamento dos envolvidos no litígio, considerando as decisões por eles tomadas como resultantes de uma ponderação custo-benefício a ser realizada frente a árvore de decisões que representa a lide. Esse cálculo, de início, refletirá na escolha pela negociação ou pelo ingresso da demanda judicial. Já no curso do processo, nas escolhas por cumprimento ou não de decisão judicial; violação ou não dos deveres processuais das partes; troca ou não de informações privadas; ingresso ou não com demanda frívola; interposição ou não de recurso; formalização ou não de acordo; etc.

Através da análise das *astreintes* será anotada a importância desse instituto para coibir o descumprimento das decisões judiciais ou o simples atraso no cumprimento, em sede de obrigações de fazer ou de não fazer. Será, igualmente, apontado de que modo a recorrência na aplicação da multa pelos Tribunais, acaba por dar efetividade ao fim a que se destina essa técnica de dissuasão.

Sequencialmente, tratar-se-á da multa por ato atentatório à dignidade da jurisdição, por descumprimento dos deveres de parte e por litigância de má-fé, nessa ocasião, pretende-se demonstrar, em suma, a análise realizada pelos potenciais infratores, sob a ótica dos preços. Buscar-se-á apontar de que modo a sanção prevista nos dispositivos processuais concernentes a esses temas, servem para inibir ou estimular as condutas lesivas praticadas pelas partes. Para isso, será revelada como se dá a formulação da decisão pela violação e a consequente incidência da multa, ou pelo cumprimento do dever legal, de modo a não incorrer em multa.

Dando continuidade à análise dos temas selecionados no atual Código de Processo Civil (1973), apresentar-se-á a abordagem econômica da audiência preliminar, constante nessa Lei. Momento em que serão apontadas, principalmente, as suas ineficiências, as quais acabam por não viabilizar a realização de acordos e por estimular litígios, porquanto não possibilita o intercâmbio informacional.

Quanto aos custos do processo, esses serão delineados economicamente, no que diz respeito à importância de sua existência para contenção das demandas frívolas, entre outros aspectos.



Tratar-se-á da conciliação como forma de maximizar os interesses de cada parte no litígio, ensejando a diminuição dos custos sociais da demanda, os quais abarcam os custos administrativos e dos erros judiciais. Além disso, apresentar-se-á o cálculo do valor esperado da demanda, o qual é responsável por tornar as expectativas do autor positivas ou negativas, acarretando a apresentação ou não de demanda judicial.

Ao final, serão abordados os aspectos da formação do sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, como forma de conferir aos jurisdicionados maior previsibilidade quando do cálculo do valor esperado da demanda, por meio da concepção de uma jurisprudência sólida e amplamente adotada pelos demais Tribunais, que se prestam a coibir, de certo modo, o ingresso com demandas frívolas. Neste último momento, também se apontará a relevância do sistema recursal para correção dos erros judiciais perpetrados em primeiro grau e, precipuamente, para alimentar o arcabouço jurisprudencial do país.

Dessa maneira, os temas jurídico-econômicos acima elencados serão averiguados sob a ótica econômica, pois é cediço que o direito, assim como o processo precisam dialogar com as demais áreas científicas, mormente a economia, pois ela lhe é útil e lhe fornece o instrumental microeconômico necessário a conferir ao processo maior eficiência, bem como a realizar eventuais sugestões de alterações legislativas, no intuito de melhor manipular os incentivos conferidos pelas normas.

# 1 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: DELINEAMENTOS TEÓRICOS DE FORMAÇÃO E APLICAÇÃO

## 1.1 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DA ANÁLISE ECONOMICA DO DIREITO

Há a compreensão de que a Análise Econômica do Direito surgiu como corrente de reação ao juspositivismo, o qual se fundava em uma perspectiva formalista, onde o direito seria o resultado das ações volitivas humanas e o seu conteúdo seria desvinculado de qualquer viés moral ou de outro campo do conhecimento. Em razão disso, seria um sistema fechado e coerente, no qual as decisões judiciais reproduziriam logicamente o direito vigente. Nesse contexto, as instituições aplicadoras do direito emanavam sistematicamente respostas corretas às lides que lhe eram atribuídas, e, onde houvesse mais de uma resposta possível, inadmitia-se qualquer análise valorativa, pois essa seria subjetiva, e o direito, como uma ciência prescritiva, não poderia dar margem a opções (GICO JÚNIOR, 2014, p. 5-6)<sup>2</sup>.

Em decorrência do explicitado e diante da necessidade do Direito dialogar com as demais áreas de conhecimento, emerge o realismo norte-americano – o qual, no intuito de conceber um instrumental analítico robusto, opunha-se às concepções formalistas até então vigentes e buscava a interdisciplinariedade, bem como a aproximação do direito à realidade social na qual estava inserido. A partir desse movimento surgem outras escolas de pensamento, nem todas convergentes, entre elas a da Análise Econômica do Direito (GICO JÚNIOR, 2014, p. 7).

Além disso, nos Estados Unidos dos anos 60 efervesciam os movimentos sociais, as disputas políticas e a quebra da unanimidade, além do fracasso da política externa. Há também que se ressaltar, que não havia unicidade nos casos jurisprudenciais, sendo o direito desprovido de qualquer racionalidade. Pugnava-se por mudança, sendo a solução encontrada o enquadramento da *Common Law* aos padrões econômicos, sob critérios

---

2 No que diz respeito aos países de tradição europeia-continental, como o Brasil, nasce o Neoconstitucionalismo como resposta ao juspositivismo. Porém, era urgente a necessidade de uma teoria sobre o comportamento humano, que contribuísse para a compreensão de fenômenos sociais e auxiliasse na tomada racional de decisões jurídicas, é nesse momento que se começa a dar a atenção à Análise Econômica do Direito (GICO JÚNIOR, 2014, p. 11). Nesses termos, “o Neoconstitucionalismo não se preocupa suficientemente com as consequências de determinada lei ou decisão judicial. Não que ignore a realidade social em suas considerações, tão somente digo que seu foco tem sido elaborar justificativas teóricas e abstratas para a flexibilização da lei e sua compatibilização com princípios de conteúdo indeterminado, segundo algum critério de justiça, pretensamente racional e não voluntarista.” (GICO JÚNIOR, 2014, p. 10).

racionais efficientistas. Assim, fechava-se o espaço para as arbitrariedades judiciais, bem como para a morosidade (GONÇALVES, 1997, p. 138).

Para Oliveira Júnior (2010, p. 364) a Análise Econômica do Direito, surge, primeiramente, como uma:

[...] vertente das escolas liberais, cujos enunciados visualizam o direito como um sistema que aloca incentivos e responsabilidades dentro de um modelo econômico, podendo e devendo ser analisado sob uma óptica de critérios econômicos, entre eles a eficiência.

Do mesmo modo, Posner (2009, p. 462-464) retrata a vultuosa alteração no pensamento jurídico a partir dos anos 60, que resulta na necessidade de evolução junto às correntes emergentes à época. Isso pois, ocorre, na concepção de alguns autores, a decadência da ciência do Direito como disciplina autônoma, e, conseqüentemente, a necessidade do operador do direito, enquanto pensador jurídico, de obter uma formação intelectual ampla e irrestrita, que comporte as demais áreas acadêmicas.

Assim, estudiosos como Coase, Becker e Calabresi introduzem a “nova” teoria econômica, e tanto a nova quanto a “velha” – ligada ao estudo econômico da falência, por exemplo –, passam a abordar os mais variados temas, tais como propriedade, contratos, direito penal, direito de família, etc. Por conseguinte, esses economistas ou juristas com inclinação econômica, tendem a tratar desses assuntos alicerçados na ótica dos preços. Desse modo, até mesmo as penas constantes no Código Penal são vistas como preços por eles, pois, embora não sendo, tem igual impacto sobre a conduta dos indivíduos (POSNER, 2009, p. 462-464).

Conforme sustentam Gonçalves e Stelzer (2005, p. 201-202), ratificando os levantamentos de Posner acima elencados:

Ocorreu, desta forma, espécie de transição entre o velho Direito Econômico e o novo Direito e Economia. A teoria da doutrina *Law and Economics* - *LaE*, segundo Richard Posner, está exposta no seu livro *Economic Analysis of law* (1977) e surgiu nos EUA na década de cinquenta com Guido Calabresi e sua obra *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts* e com Ronald Coase em seu artigo *The Problem of Social Cost*. Enquanto o velho Direito Econômico cuidava das legislações Antitruste, de política fiscal e outras de caráter macroeconômico, o novo Direito e Economia - *Law and Economics* - *LaE*, tratou de aplicar as premissas básicas da Microeconomia, subdivisão metodológica da Teoria Econômica, aos diversos ramos do Direito não, especificamente, afeitos ou ligados às políticas econômicas, tais como, *Property Rights*, *Law of Torts* e *Contract Law*, além, é claro, dos demais ramos do Direito norte-americano. Richard A. Posner foi pioneiro ao empregar a Teoria Econômica para análise de ramos do Direito como Família, Propriedade, Contratos, Reparação de Ilícitos Cíveis, Penal e Constitucional, dentre outros.

Para Mackaay (2000) *apud* Arenhart (2009, p. 25-26) vale o destaque de três acontecimentos que ensejaram a consolidação do Direito e Economia nos cursos de graduação em Direito, são eles: a fundação, em 1972, do *Journal of Legal Studies*, na Universidade de Chicago; a publicação, por Richard Posner, em 1973, do livro *Economic Analysis of Law*, e, ainda, a organização, por Henry Manne, a partir de 1971, do Instituto de Economia para Professores de Direito.

Após tais considerações, importante apontar o fio condutor de Posner – escritor que, muitas vezes, dará respaldo ao presente trabalho e um dos precursores da *Law and Economics*. Sua raiz está fundada nas premissas do consequencialismo – que é característica marcante na obra utilitarista de Jeremy Bentham e, posteriormente, no eficientismo de Posner. As bases do consequencialismo, por sua vez, surgiram com o clássico *Dos Delitos e das Penas*, de Cesare Beccaria, o qual, ao formular o pressuposto utilitarista, acaba por influenciar diretamente Bentham. Beccaria sustentou que a legislação deveria orientar em nível máximo a sociedade, no intuito de obter a “máxima felicidade dividida pelo maior número”. Dessa maneira, arguiu que era melhor que se prevenissem os crimes, do que se punissem, bem como argumentou que o arcabouço legal deveria ser benéfico ao ponto que levasse os cidadãos ao máximo de felicidade e, ao mínimo, de infelicidade (SALAMA, 2010, p. 10).

Ademais, Bentham sustentou que os indivíduos agem maximizando seu bem-estar em todas as interações sociais, para ele “os Homens calculam, alguns com menor precisão, de fato, outros com maior: mas todos os Homens calculam. Eu não diria nem mesmo que os loucos não calculam”. Essas características não estão, somente, perfectibilizadas na obra de Bentham, mas também é possível vislumbrá-las em Posner (SALAMA, 2010, p. 10).

Esses autores – Posner e Bentham – mesmo que comumente influenciados pela Teoria Consequencialista, diferenciam-se,

[...] essencialmente, no fato de que a medida de riqueza adotada por Posner é “valor econômico”, enquanto que a medida de utilidade adotada por Bentham é “felicidade”. Ou seja: em Posner, a medida de justiça é a maximização de riqueza, ou de “valor econômico” (riqueza e valor econômico são tomados como sinônimos para Posner); em Bentham, a medida de justiça é a maximização de utilidade, ou de felicidade. (SALAMA, 2010, p. 11).

Feito esse adendo, Pinheiro e Saddi (2005, p. 17) enumeram como as principais

representantes da AED, a Escola de Chicago, a Escola da *Public Choice*, os Institucionalistas e os Neo-Institucionalistas, o Movimento dos Estudos Críticos, as quais se diferenciavam e, também, competiam entre si, pelo método de análise sob a perspectiva legal e econômica. Havia, assim, alguns pontos de correlação, mas só um instrumental econômico utilizado.

Ao analisar as cinco mencionadas Escolas, depreende-se, comumente, que ambas tem o enfoque econômico como método de abordagem do Direito. Porém, dessa observação, pode-se dividi-las sob duas perspectivas: a primeira é aquela que condena o capitalismo sob o argumento que esse legitima juridicamente a competitividade em detrimento do viés social, e, também, condena o Direito, sustentando que ele reduz o ideal de justiça à diminuição de custos e aumento de benefícios, acarretando a manutenção do *status quo* (GONÇALVES e STELZER, 2005, p. 207).

E aquela que, à luz da Teoria Econômica, propicia a todos os agentes econômicos que compõem esse sistema um instrumental que visa o equilíbrio, objetivando, do mesmo modo, fazer justiça dentro da ética específica, qual seja: a alocação de renda por meio do Poder Legislativo, quando da elaboração da norma jurídica, e do Poder Judiciário, quando da aplicação da sanção aos agentes, diante da lide. Faz-se a opção – no presente trabalho – pela segunda hipótese, visando a aplicabilidade da *LaE* enquanto uma interpretação progressista do direito, que busca a resolução do problema jurídico (o caso concreto submetido à apreciação judicial) e do econômico (a escassez dos recursos) (GONÇALVES e STELZER, 2005, p. 207).

Nesse cenário, a AED surge mesclando as finalidades do Direito e as da Economia, enquanto ciências independentes, no intuito de empregar os instrumentais que as mesmas dispõem. Outrossim, visa a expansão e o aperfeiçoamento do direito, avaliando as normas jurídicas, principalmente, no que diz respeito as suas consequências. Busca, igualmente, a aplicação das normas de modo que estejam destituídas de quaisquer juízos valorativos, que não sejam resultados da observação empírica (GICO JÚNIOR, 2011, p. 17).

Desse modo, a AED sustenta a elaboração, aplicação e alteração da legislação de acordo com as consequências que essas produzirão no ordenamento jurídico, através da formulação de diagnósticos e de prognósticos, que acarretarão na escolha pela melhor regra ou pela melhor interpretação (GICO JÚNIOR, 2011, p. 17-18).

Cooter e Ulen (2010, p. 25) destacam que a ciência econômica fornece ao Direito uma teoria científica que permite prever os efeitos das sanções legais sobre o

comportamento dos agentes econômicos; ressaltam, ainda, que para os economistas as normas jurídicas assemelham-se aos preços, e, conseqüentemente, as pessoas reagem às sanções legais da forma que reagem aos preços, em consonância ao verificado por Posner.

Assim, adota-se à análise, sob a perspectiva econômica, da tomada de decisões dos indivíduos, sobre esse método, Gico Júnior (2011, p. 19) informa:

[...] quando se fala em análise econômica não estamos nos referindo a um objeto de estudo específico (e.g. mercado, dinheiro, lucro), mas ao método de investigação aplicado ao problema, o método econômico, cujo objeto pode ser qualquer questão que envolva escolhas humanas (e.g. litigar ou fazer acordo, celebrar ou não um contrato, poluir ou não poluir). Assim, a abordagem econômica serve para compreender toda e qualquer decisão individual ou coletiva que verse sobre recursos escassos, seja ela tomada no âmbito do mercado ou não. Toda atividade humana relevante, é passível de análise econômica.

Gonçalves e Stelzer (2005, p. 202) salientam que esse movimento alternativo – a Análise Econômica do Direito ou *Law and Economics* – ao Direito até então vigente, espalhou-se pelas mais renomadas Escolas de Direito norte-americanas e, também, prosperou nos países Europeus, sendo, ainda, recente em países como o Brasil e Argentina.

Desse modo, utilizando-se desse arcabouço metodológico, vislumbra-se a possibilidade da aplicação do instrumental econômico aos diferentes campos de conhecimento, em especial ao Direito, bem como ao processo civil/judicial, onde os litigantes são vistos e estudados como indivíduos racionais que visam, sobretudo, a maximização do seu bem-estar, em detrimento de qualquer opção que lhes seja menos vantajosa.

## **1.2 METODOLOGIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Inicialmente, cabe elucidar que os tradicionais operadores do Direito interpretam as normas jurídicas, do modo como foram positivadas, através do instrumental hermenêutico estritamente jurídico e/ou moral, preocupando-se com seu conteúdo e alcance. Já os juseconomistas observam as prescrições legais como pautadoras de condutas, pois consideram que regras servem de incentivos aos indivíduos a que se dirigem, os quais realizam os cálculos dos custos e dos benefícios quando do alicerce de suas condutas (GICO JÚNIOR, 2014, p. 18-19).

Esses economistas ou juristas com inclinação econômica, em regra, distanciam-se da conceituação universal que tacha o Direito como um instrumento para se fazer justiça ou como mero solucionador de conflitos. Isso porque, a *Law and Economics*, em sua essência, opõe-se a essas definições, apresentando o Direito – ou as regras legais – como um conjunto de incentivos que determinam a conduta racional do indivíduo em um sistema de preços. Supõe que os agentes realizam suas escolhas em um ambiente marcado pela escassez de recursos e que fazem uso do pouco que dispõe, da maneira que lhes seja mais proveitosa possível e, assim, otimizam suas necessidades (PINHEIRO e SADDI, 2004, p. 18).

Nesse contexto, conforme salienta Gico Júnior (2014, p. 19), o papel do juseconomista é, diante da estrutura de incentivos, analisar o impacto das imposições legais no comportamento dos cidadãos, por meio da elaboração de diagnósticos e de prognósticos, que demonstrem como os agentes econômicos pautam suas condutas diante da regra atual e como passariam pautá-las se sobrevirem eventuais alterações legais.

Com isso, visando compreender como se dão as ações/reações do homem médio diante das alterações na sua estrutura de incentivos, faz-se imprescindível uma Teoria sobre o comportamento humano, alicerçada em premissas econômicas, norteará a análise econômica do direito (GICO JÚNIOR, 2011, p. 21).

Essa teoria comportamental, segundo Cooter e Ulen (2010, p. 25-26), permite ao direito prever como as pessoas reagirão às leis. De acordo com o que informam esses autores, o direito sempre se orientou por previsões. E, para clarificar essa relação, exemplificam, utilizando-se da metáfora que iguala a ciência econômica à argamassa que dá sustentação às pedras que formam uma Catedral. Pretendem, assim, demonstrar que a economia é a ciência comportamental que mais dá alicerce e orienta o direito. Deste modo, para eles, o juseconomista não se atém, unicamente, às respostas dos indivíduos que respeitem os preceitos legais, mas também às respostas em desconformidade com o que se busca quando da edição de determinada lei ou da prolação de decisão judicial. Assim, Bittencourt (2011, p. 29) complementa, ressaltando que “as regras jurídicas devem ser julgadas pela estrutura de incentivos que estabelecem e as consequências de como as pessoas alteram seu comportamento em resposta a esses incentivos”.

Sobre esses incentivos que decorrem da Lei, Gico Júnior (2011, fl. 21) acrescenta que há necessidade de observação das respostas, pois os recursos existentes são escassos, visto que, se assim não o fossem, não haveriam lides e razões para disputas,

consequentemente, desnecessário seria o direito, já que todos agiriam cooperativamente. É, inclusive, por conta dessa escassez que os indivíduos realizam escolhas e determinam suas preferências. A teoria econômica vale-se desse carência ao exigir que a utilização dos recursos se dê da maneira mais eficiente possível (SALAMA, 2013, p. 7).

Segundo Stringari (2012, p. 62-64):

As escolhas desempenham papel central na teoria de base da AED, eis que esta corrente fundamentalmente considera os agentes econômicos (os homens e mulheres) como racionais maximizadores de seu próprio bem-estar. Ou seja, novamente se diz que pessoas respondem a incentivos. Revela-se também neste ponto o individualismo metodológico que permeia a AED. Segundo essa teoria, a análise do comportamento mediante incentivos se origina na verificação individual dos agentes econômicos. É no mercado, economicamente considerado, onde ocorrem as transações econômicas, ou seja, é o contexto social onde as pessoas fazem opções baseadas em incentivos e na busca pela maximização de seu bem-estar. Aqui importa ressaltar que os valores em jogo não se restringem aos pecuniários, mas sim a todos os valores de alguma importância ao agente econômico, sejam idéias, política, moral ou até mesmo sexo.

Por fim, o método analítico/interpretativo das normas jurídicas, ofertado pela *Law and Economics*, permite a aproximação do *ser* e do *dever ser* através da análise da influência das normas sobre o comportamento dos indivíduos e, também, do modo como esses agentes respondem a elas. Assim, realizadas as constatações, vislumbra-se que os aspectos econômicos entrelaçam-se ao ideário de justiça (GONÇALVES, 1997, p. 141).

### 1.2.1 Análise Econômica Positiva e Normativa

Considerando que todas as ciências visam distinguir *o que é* (positivo) e *o que deve ser* (normativo), com a Análise Econômica do Direito não seria diferente. Visando fazer uso desses conceitos a *LaE*, para Sztajn (2006, p. 222) *apud* Oliveira Júnior (2010, p. 5), importa as definições da Economia positiva e da normativa. Sendo que a primeira dimensão, segundo a autora, diz respeito a função prospectiva da Economia, visto que analisa fatos passados buscando antever o comportamento dos indivíduos, quando se deparam com situações iguais ou não. Já a economia normativa tem como objetivo a análise dos fatos sociais, sob a perspectiva da moral e da ética, observando as instituições e as normas legais vigentes, no intuito de promover as alterações necessárias dessas estruturas de modo a proporcionar benesses coletivas.

Há quem sustente, como Gico Júnior (2014, p. 15), que a diferença entre essas dimensões está no fato de que a proposição positiva está atrelada ao mundo dos fatos,



assim, as investigações ocorrerão por meio da utilização dos métodos científicos, cujos resultados podem se sujeitar a falsificações. Por sua vez, a normativa, também chamada de prescritiva, condiz ao mundo dos valores, desse modo, não está sujeita a investigações empíricas e, igualmente, não se submete às provas ou às análises de veracidade.

De acordo com Posner (2007, p. 57-58) as ideias do antigo direito mesclaram-se com as do novo para, assim, criar uma teoria econômica do direito dotada de poder explicativo e apoio empírico, a qual é possui aspectos normativos e positivos. Desse modo,

[...] embora o economista não possa dizer para a sociedade que ela deve tentar limitar o roubo, ele pode mostrar que seria ineficiente permitir o roubo ilimitado; assim, você pode esclarecer um conflito de valores demonstrando o quanto de um valor - a eficiência - deve ser sacrificado para alcançar outro. Ou, tomando como dado uma meta de limitar o roubo, o economista deve ser capaz de demonstrar que os meios pelos quais a sociedade tem tentado alcançar esse objetivo são ineficientes: que a sociedade poderia promover a prevenção, a um custo menor, utilizando métodos diferentes. Se os métodos mais eficientes não prejudicarem outros valores, aqueles que seriam socialmente desejáveis, embora a eficiência ocupa um lugar baixo no totem dos valores sociais. No que diz respeito ao papel positivo da análise econômica do direito – seu objetivo é explicar as regras e os resultados legais tal como são, em vez de trocá-los para fazê-los melhor [...]. (tradução nossa).<sup>3</sup>

Acrescenta-se, ainda, que as definições abordadas acerca da *LaE* positiva e normativa podem ser remetidas às expressões *lege lata* e *lege ferenda*<sup>4</sup>, respectivamente, sendo que a primeira, se presta a aferir, em determinado ordenamento jurídico, quais as obrigações, permissões e vedações são válidas, e a segunda, proporá alterações nesse sistema, de modo que melhore algum elemento (CARVALHO, 2013, p. 42).

Posner (2011, p. 8), em sua obra *Fronteiras da Teoria do Direito*, destaca, mais

3 “Aunque el economista no puede decir a la sociedad si debe tratar e limitar el robo, sólo puede mostrar que sería ineficiente permitir un robo ilimitado; así, puede aclarar un conflicto de valores demostrando cuánto de un valor – la eficiencia – debe sacrificarse para alcanzar otro. O bien, tomando como dada una meta de limitación del robo, el economista debe ser capaz de demostrar que los medios por los cuales ha tratado la sociedad de alcanzar dicha meta son ineficientes: que la sociedad podría obtener mayor prevención, a un costo menor, empleando métodos diferentes. Si los métodos más eficientes no perjudicaran a otros valores, aquéllos serían socialmente deseables, aunque la eficiencia ocupara un lugar bajo en el tótem de los valores sociales. Por lo que hace al papel positivo del análisis económico del derecho – el intento de explicar las reglas y los resultados legales tal como son, en lugar de cambiarlos para volverlos mejores – [...]” (POSNER, 2007, p. 57).

4 A expressão latina *lege ferenda* ou *de lege ferenda* (em português: 'lei a ser criada' ou 'sobre lei a ser criada') refere-se a uma lei a ser elaborada ou que ainda depende de aprovação pela devida casa legislativa e posterior promulgação (publicação na imprensa oficial), para então entrar em vigor, incorporando-se ao ordenamento jurídico de um Estado soberano. A expressão é usada para designar normas que estão em processo de elaboração ou de aprovação. A expressão *lege ferenda* opõe-se a *lege lata*, que significa 'lei criada' ou vigente. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Lege\\_ferenda](http://pt.wikipedia.org/wiki/Lege_ferenda)>. Acesso em: 20 maio 2015.

uma vez, que:

A análise econômica do direito possui tanto aspectos positivos (isto é, descritivos) quanto aspectos normativos. Seu objetivo é tentar explicar e prever o comportamento dos grupos que participam do sistema jurídico, além de explicar a estrutura doutrinal, procedimental e institucional do sistema. Mas também busca aperfeiçoar o direito, ao assinalar as consequências involuntárias ou indesejáveis das leis vigentes ou dos projetos de lei e propor reformas práticas.

Com fulcro no exposto, vale dizer que quando um juseconomista está fazendo uso dos instrumentais microeconômicos para realizar uma análise positiva, isto é, investigando ou realizando uma prognose dos fatos, afirma-se que ele está aplicando a ciência econômica ao direito. Nesse caso, ele não poderá realizar quaisquer sugestões de alterações ou de melhorias nas políticas públicas e, também, não estará apto a propor que se decida de determinada forma. Contudo, será capaz de identificar no sistema jurídico em análise, quais são as alternativas legais então vigentes e apontar as consequências da sua adoção, comparando a eficiência na escolha de uma ou de outra, demonstrando seu real custo-benefício (GICO JÚNIOR, 2014, p. 17).

No momento que o aplicador da AED utiliza-se desse instrumental para execução de uma análise normativa – isto é, definir que a política pública A deve ser escolhida em desfavor da B ou, ainda, que determinado magistrado deve julgar tal caso da forma X em detrimento da Y –, ele poderá fazê-lo, tão somente, se as alternativas estiverem previamente definidas. Isso quer dizer que o juseconomista poderá informar qual política é mais vantajosa para punição do crime de roubo, bem como opinar na escolha e aplicação da melhor estrutura processual para esse delito (GICO JÚNIOR, 2014, p. 17).

Assim, desde que se tenha um objetivo pré-definido, a AED servirá de guia; porém, se a finalidade é o aconselhamento para qual objetivo buscar, a *LaE* se mostrará pouco útil e deverá mesclar-se as demais áreas de conhecimento, em razão de suas limitações (GICO JÚNIOR, 2014, p. 17-18).

### 1.3 PREMISSAS ÚTEIS À APLICABILIDADE DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Neste momento, serão apresentadas as premissas que dão suporte ao modelo econômico utilizado para análise da ciência jurídica. Há que, de pronto, se salientar que não se pretende esgotá-las, isso porque o instrumental microeconômico que os

aplicadores da *LaE* dispõem é amplo e não importa, em sua totalidade, ao tema do presente trabalho, a definição de todas os seus institutos.

Aqui, será delineada a premissa da racionalidade individual, fundamental para análise das condutas dos agentes, sob a perspectiva econômica, conquanto suas escolhas são determinadas a partir da observação dos preços e, sempre, implicam custo de oportunidade.

Ademais, serão demonstrados os critérios de eficiência de Pareto e de Kaldor-Hicks, sempre relacionando-os com Richard A. Posner, no intuito de conferir maior clareza a abordagem.

### 1.3.1 A Escolha Racional

É cediço que, desde sua concepção, o homem, enquanto ser racional, pensante e imbuído de autoconsciência, visa compreender a sua constituição, bem como a de todas as coisas que o rodeiam. E, nesse processo, busca, também, entender a própria razão. Consequentemente, a definição do que seria racionalidade inclui-se como um dos temas do próprio pensar, são diversas e também comuns as definições conferidas a esse termo. Há quem atrele a sua significação à lucidez ou, ainda, às situações onde se pondera o que é razoável. Todavia, a acepção que a liga ao processo de escolha ou de tomada de decisão, diz respeito à racionalidade instrumental, que quer significar a adequação dos meios aos fins que se objetiva alcançar (CARVALHO, 2013, p. 55). É desta última conceituação que se valerá o presente trabalho neste momento.

A Teoria da Escolha Racional parte da presunção de que o indivíduo, ao se deparar com as inúmeras oportunidades que lhe são dadas, realiza suas escolhas do modo que acredite lhe ser mais adequado possível, isto é, de acordo com suas reais perspectivas sobre aquela escolha. Sendo a opção adotada ensejada por uma vontade que a antecede, a satisfação dessa vontade é, sem dúvidas, a finalidade de tal opção, pois os agentes representativos estão, nesse momento, maximizando suas utilidades, independentemente da razão que lhes acomete a optar por tal alternativa (seja material, saúde, reparação moral, etc.) (SALAMA, 2013, p. 6).

Segundo Posner (2011, p. 320) uma pessoa age racionalmente quando faz a opção pelo melhor meio disponível para alcançar o fim por ela buscado. Assim, exemplifica: um indivíduo que objetiva manter-se aquecido, analisará os melhores meios para concretizar

sua finalidade. Dessa maneira, observará as alternativas que lhe proporcionam mais utilidade, dentre elas o conforto, o custo, etc. Destarte, mesmo em casos simples como esse, o indivíduo agirá de forma racional, por conseguinte, pretende o autor demonstrar que a “a escolha racional não precisa ser consciente nem é algo que exige grande córtex”.

É nesse ambiente, onde são ponderados os custos e os benefícios, que

[...] a escassez força os indivíduos a realizarem escolhas e a incorrerem em *trade-offs*. Os *trade-offs* são, na verdade, ‘sacrifícios’: para se ter qualquer coisa é preciso abrir mão de alguma outra coisa – nem que seja somente o tempo. Esse algo de que se abre mão é o chamado ‘custo de oportunidade’. Todas as escolhas têm custos de oportunidade. Isso quer dizer que nem tudo pode ser feito ou produzido; tudo tem um custo; e cada centavo gasto em uma determinada atividade, é o mesmo centavo que não é gasto em todas as demais. (SALAMA, 2008, p. 16).

Pinheiro e Saddi (2004, p. 26) ratificam o anteriormente mencionado, e delimitam em três as premissas norteadoras do movimento da *Law and Economics*: primeiro, informam que os homens são maximizadores de suas satisfações, essa premissa decorre da análise da conduta do indivíduo frente a norma legal. Eles demonstram que a escolha pela violação do dispositivo resulta de uma comparação entre os custos de oportunidade<sup>5</sup>. Este cálculo comparativo realizado pelo agente deverá demonstrar que os benefícios auferidos com a violação superam os custos resultantes do descumprimento. Havendo, assim, maior “satisfação líquida”, justificada estará a desobediência.

Já a segunda premissa decorre da primeira, e possibilita a afirmação de que os indivíduos são movidos por incentivos, isto é, por preços, os quais correspondem às sanções legais (condenação pecuniária, restrição de direitos, prisão, etc.). Em razão disso, sob o enfoque econômico, há uma avaliação quantitativa – ou até monetária – na tomada de decisão, pois eles a realizarão alicerçados em todas as informações disponíveis. É disso, segund os autores, valendo-se das palavras de Posner, que Direito deve se valer, pois seu papel está atrelado à correta manipulação da estrutura de incentivos. Por fim, a terceira premissa aponta que a *LaE*, vislumbra a “maximização de riqueza” de forma atrelada à eficiência, considerando que há, no mercado, uma escassez

5 “O custo de oportunidade, por sua vez, é o custo em que incorre o indivíduo por deixar de ter escolhido a segunda melhor alternativa. Assim, o custo real de uma coisa inclui o custo daquilo que é preciso sacrificar para obtê-lo (Krugman e Wells, 2007, p. 800), ou seja, soma-se o custo contábil de algo ao custo da escolha renunciada. Por exemplo, se João tem a alternativa de estudar no exterior ou continuar no seu emprego, ao optar por estudar, o seu custo de oportunidade serão os salários que deixará de ganhar por não estar trabalhando. E o custo total de sua opção de estudar no exterior incluirá os custos financeiros propriamente ditos de sua viagem, curso, hospedagem etc., e os salários renunciados.” (CARVALHO, 2013, p. 64).

de recursos (PINHEIRO E SADDI, 2004, p. 27).

Com base no exposto, tem-se que elucidar que quando o indivíduo depara-se com a necessidade de realização escolhas, existem aspirações individuais ilimitadas desse agente a serem saciadas, frente a escassez dos recursos da sociedade. Sendo assim, a opção será realizada de modo que propicie a melhor satisfação de seus desejos. Contudo, há que se destacar que ocorrendo eventuais alterações na estrutura de incentivos, essas poderão promover alterações no processo de escolha (OLIVEIRA JÚNIOR, 2010, p. 6).

Isso se pode concluir da análise da concepção do *homo economicus*, o qual é dotado de autointeresse. De maneira que havendo modificações estruturais, possivelmente, haverá, também, modificações em suas escolhas, pois o agente possui uma escala de preferências, de modo que será preterida a alternativa cujo custo seja maior que os benefícios a serem auferidos com a sua adoção (OLIVEIRA JÚNIOR, 2010, p. 6). Em conformidade com Gico Júnior (2011, p. 22), pode-se ratificar, que tal conduta é – quase sempre – racional maximizadora.

Além disso, de acordo com o que sustenta Carvalho (2013, p. 56), alicerçado na premissa da racionalidade instrumental, o agente em sua tomada de decisão deve preocupar-se com os meios para a concretização do objetivo final – e é, tão somente, esses meios empregados que importam a ele. Informa, todavia, que, ao Direito, os fins certamente importam, porém, o que realmente vale, é a percepção de que as normas jurídicas influenciam diretamente na conduta individual, pois configuram preços, que serão considerados na ponderação custo-benefício realizada pelo indivíduo.

Para Richard Posner (2005, p. 10):

A maioria das análises econômicas consistem em detalhar as consequências de pressupor que as pessoas são mais ou menos racionais em suas interações sociais, o que quer dizer que as pessoas preferem de mais para menos ou, em outras palavras, elegem meios eficientes para seus fins (racionalidade instrumental), quaisquer que possam ser estes. (tradução livre).<sup>6</sup>

A teoria da escolha racional atua colhendo o comportamento médio do indivíduo que, em regra, é maximizador (ou autointeressado) e estável na ordenação de suas preferências (CARVALHO, 2013, p. 58). Segundo Carvalho (2013, p. 61), baseada na

---

<sup>6</sup> “La mayoría de los análisis económicos consiste en esbozar las consecuencias de asumir que la gente es más o menos racional en sus interacciones sociales, lo cual quiere decir que la gente prefiere más a menos o, en otras palabras, eligen medios eficientes para sus fines (racionalidad instrumental), cualesquiera que puedan ser estos.” (POSNER, 2005, p. 10).

exposição de Jeremy Bentham, escolhas pressupõem a existência de preferências, que correspondem ao valor que o agente confere às opções que lhe são dadas, umas das inúmeras maneiras de referir a esse valor, é trazê-lo associado utilidade, que, assim, significaria a “medida abstrata de satisfação que o indivíduo tem perante certas situações, pessoas, bens ou serviços”. Desse modo, com fulcro nessa definição, não haveria porque distingui-los, pois sejam quais forem os valores, eles corresponderão às preferências.

Há algumas características das preferências que devem ser observadas, em conformidade com a Teoria da decisão racional, em primeiro lugar fala-se que as preferências devem ser **estáveis**, portanto, razoavelmente constantes, isso quer dizer que o indivíduo não pode ficar alternando-as – num momento prefere A e, no seguinte, B; além disso devem ser **consistentes**, atendendo os seguintes requisitos: completude, isto é, deve ser completa de maneira que consiga, racionalmente, dizer que prefere  $A > B$ ,  $B > C$ , etc, ou que é indiferente a qualquer um deles, e, ainda, da consistência deve constar a assimetria (prefere A a B, e, portanto, não pode, simultaneamente, preferir B a A), e, ao final, a transitividade, significando que se o indivíduo prefere A a B, B a C, necessariamente, preferirá A a C (CARVALHO, 2013, p. 62-63) (grifo meu).

Conforme anteriormente mencionado, a maximização racional é instrumental, ratifica-se que a adoção desse modelo não visa afirmar que o comportamento dos indivíduos se dará sempre de maneira ótima e que eles sempre dispõem de todas as informações necessárias a realização de suas escolhas, mas sim, elucidar que esse comportamento obedecerá, ao menos, uma racionalidade limitada, de modo que possam ser vistos como intencionalmente racionais (SALAMA, 2008, p. 18).

O acolhimento de tal premissa é fundamental por considerar que o comportamento humano, dotado de racionalidade, é, em regra, previsível, enquanto o comportamento irracional é sempre aleatório. Isso, por si só, justifica a consolidação da premissa da maximização (SALAMA, 2008, p. 18). Igualmente, acentua Marinho (2005, p. 34) *apud* Oliveira Júnior (2010, p. 6), que os agentes não possuem dois cérebros, um que atua racionalmente e o outro emocionalmente, mas que, independentemente disso, os homens agem de maneira eficiente, ainda que existentes limitações cognitivas, optando pelo que lhe é mais útil, mesmo nas decisões mais rotineiras, e isso se dá por razão da escassez de recursos.

Posner argumenta que até mesmo em situações de emoção, há racionalidade, pois esta se trata de uma forma de cognição. A emoção resulta da avaliação das informações acessadas pelo indivíduo. Desta maneira, sendo ela uma forma de conhecimento, o

sentimento resultante é substituto do raciocínio. O autor ilustra assim: quando o ser humano reage a determinada situação com indignação, esse sentimento quase simultâneo também se perfectibilizaria se tivesse ocorrido um processo lento e gradual de raciocínio. E, igualmente, quando um indivíduo tem uma reação específica a uma situação específica, poderá, inclusive, ser elogiado pela atuação ou, ainda, criticado. Quer por ser sustentada a sua desinformação, quer por se basearem num julgamento equivocado de sua conduta. E, mesmo que na análise própria do agente tenha havido uma capacidade superior de raciocínio, que resultou na não reação a essa situação, ele pode, ainda assim, ser mal avaliado (POSNER, 2011, p. 283-284).

Embora a emoção seja considerada um método eficiente de cognição – principalmente quando ocorrem reações desejáveis aos olhos quem julga –, há situações em que ela se mostra ineficiente. O excesso de emoção, bem como o seu tipo errôneo podem levar a decisões inferior qualidade, mas, que se faz imprescindível esse atributo à agilidade de qualquer decisão, faz-se. Isso posto, salienta-se que “a decisão é uma forma de ação, e não existe ação sem emoção” (POSNER, 2011, p. 285).

Assim, dando força ao dito por Posner, Rodrigues (2007, p. 15) *apud* Oliveira Júnior (2010, p. 6) assevera:

[As] decisões que parecem irracionais para grande maioria das pessoas como, por exemplo, a opção de uma pessoa usar todo o seu salário para comprar drogas em detrimento da compra de itens básicos para sua sobrevivência, não são contrárias ao princípio da escolha racional, pois apenas refletem uma opção pessoal em dada situação, na qual o indivíduo entende ser a droga a escolha que lhe proporciona mais utilidade em relação a qualquer outro tipo de coisa.

O cerne do postulado da instrumentalidade racional “é julgar os modelos econômicos aplicáveis às condutas analisadas não pela veracidade da premissa da racionalidade, mas pela precisão empírica de suas previsões” (SALAMA, 2008, p. 20), já que um mercado pode atuar racionalmente, ainda que os indivíduos que ali interagem tenham sua racionalidade bastante limitada.

Ao final, ressalta-se que postulados são postulados, e eles não comportam – e nem visam comportar – toda a complexidade do comportamento humano, mesmo porque existem inúmeras situações nas quais os homens atuam de maneira um tanto quanto “irracional”. Porém, servem para nortear a análise das condutas e destacar delas os seus elementos previsíveis, os quais já dão azo e consistência ao modelo fundado em premissas, justificando, portanto, a adoção do mesmo. Além disso, permitem a

simplificação da realidade dentro de um modelo de escolha racional, no intuito de melhor entendê-la e, conjuntamente, possibilitar a sua descrição, daí decorre o caráter empírico desta Teoria (CARVALHO, 2013, p. 57).

### 1.3.2 As Teorias sobre Eficiência

Uma comum associação feita ao conceito de Eficiência, bem como sua definição, sob a perspectiva da análise econômica do direito, na enunciação, sucinta, é elaborada por Porto (2013, p. 15):

[...] o termo eficiência é comumente associado ao dinamismo da iniciativa privada, ao empreendedorismo do mundo dos negócios, e essencialmente à ideia de riqueza. No entanto, em uma acepção mais geral, o termo eficiência refere-se apenas à otimização de alguma medida de valor. Face à realidade da escassez de recursos, podemos, por exemplo, ser levados a preferir as opções que extraem do uso dos fatores de produção o máximo de produtividade. Podemos eleger um valor, como, por exemplo, a proteção do meio ambiente, e, por considerá-lo importante, buscar opções que tenham como resultado a maximização deste valor. Neste sentido, o termo eficiência designa apenas uma regra de maximização.

Nesses termos, a eficiência consubstanciada pela análise econômica do direito está atrelada aos seguintes fundamentos econômicos: individualismo metodológico e racionalidade maximizadora. Segundo Fernandez (2013), é a partir desse primeiro conceito que a *LaE* adota a presunção de que o comportamento da coletividade é o produto das ações e das decisões dos indivíduos que a compõem. Isso porque, também considera que os agentes atuam – daí entra a segunda premissa – de maneira racional maximizadora, diante da escassez de recursos. Trata-se, portanto, do direcionamento de sua conduta de modo que otimize a utilidade dessa opção.

Adotando os postulados da teoria econômica de que as pessoas respondem a incentivos quando da realização de suas escolhas, as quais se dão em um ambiente de escassez de recursos, e visam a maximização seu bem-estar. É necessário observar em que contexto se apresentam essas ações, se corresponde a um ambiente hierárquico ou mercadológico.

Em se tratando de um contexto hierárquico, os indivíduos realizarão suas escolhas sob uma relação de submissão às regras de comando emanadas pelo seu superior, logo, configurada a relação de hierarquia, possivelmente suas condutas sofrerão limitações. Já num contexto mercadológico, as partes interagirão livremente e barganharão com os



envolvidos para conquistar o que buscam, por meio da cooperação (GICO JÚNIOR, 2014, p. 20-21).

Assim, de acordo com Gonçalves e Stelzer (2005, p. 203):

[...] se o convívio social ocorre em meio à economia de mercado e se, evidentemente, presente está, no homem, a sua necessidade de sobrevivência conforme uso de escassos recursos; seu proceder deve ser pautado por racionalidade lógico-formal que leve à eficiência e maximização de interesses. Neste quadro resta, ao Direito, espelhar esta realidade social e adaptar seus critérios ao ideal de justiça próprio da referida sociedade eficiente. Não se está, assim, a pugnar pelo vilipêndio das máximas jurídicas mas, tão somente, a redirecioná-las à realidade palpável do dia a dia. Entende-se, pois, que a prática jurídico-econômica de mercado, como discurso hegemônico, deve fazer refletir fenômeno jurídico-social conforme à realidade inevitável e inarredável da previsão legal segundo critérios racional-normativos de maximização de lucros - riqueza - e de eficiência econômica que ocorram dentro de uma dialética socioeconômico-normativa construtiva e inclusora.

Quando a interação social ocorre no âmbito do mercado, parte-se da proposição contida na Teoria dos Preços que possibilita afirmar de que os agentes realizam escolhas atendendo seus desejos pessoais, sejam eles quais forem; também se pode inferir que as decisões tomadas, sob a ótica da maximização do bem-estar, levam ao curso um processo de decisão marginalista, isso permite afirmar que os indivíduos realizarão a próxima unidade de uma atividade se, e somente se, os custos marginais envolvidos nessa decisão forem menores ou iguais aos benefícios marginais, já que quando superiores cessarão as unidades daquela atividade (SALAMA, 2008, p. 16-17).

Dessa maneira, também sustenta Gico Júnior (2014, p. 21), havendo quaisquer modificações nas regras onde a barganha é viável, isto é, no âmbito do mercado, os agentes econômicos barganharão enquanto lhe for conveniente e proveitoso, essas trocas ocorrerão até que os custos a elas inerentes empatem com os benefícios auferidos, chegando tal momento, pode-se afirmar, convictamente, que o mercado encontra-se em equilíbrio (GICO JÚNIOR, 2014, p. 21).

Assim, pertinente é a análise detalhada dos conceitos de Eficiência, para melhor vislumbrar as situações em que o mercado se encontra equilibrado, sob diferentes critérios.

#### 1.3.2.1 A Eficiência de Pareto

Com fulcro no que foi acima elucidado e considerando que o equilíbrio é

consequência da livre interação dos indivíduos e, ainda, que se pode supor que há realização de trocas até que se esgotem os benefícios, pode-se afirmar que o mercado em equilíbrio é uma “propriedade socialmente valiosa”, isso significa dizer que o resultado final afastou todos os eventuais desperdícios e, portanto, é eficiente (GICO JÚNIOR, 2011, p. 25).

Para Salama (2008, p. 23), quando há possibilidade de promover a alocação de recursos ou de renda, no intuito de propiciar melhorias a situação de um indivíduo sem piorar as condições de nenhum outro, está configurada uma de Melhoria de Pareto. Assim, essa distribuição ocorrerá sucessivamente até que cessem os melhoramentos, sem que os demais envolvidos sejam prejudicados. Isso posto, no momento em que não há mais como realizar melhorias, sem que acarrete prejuízos a terceiros, ocorrerá o Ótimo Paretiano.

Igualmente, assinala Gico Júnior (2014, p. 21):

Eficiência aqui também é um termo técnico utilizado no sentido *Pareto-eficiente*, que significa simplesmente que não existe nenhuma outra alocação de recursos tal que eu consiga melhorar a situação de alguém sem piorar a situação de outrem. Equilíbrios constituem, portanto, ótimos de Pareto. Note-se que uma alocação Pareto-eficiente não necessariamente será justa, pois alguém poderia melhorar a sua situação sem prejudicar ninguém, todavia uma situação Pareto-ineficiente certamente será injusta, pois alguém poderia melhorar sua situação sem prejudicar ninguém, mas não consegue.

Cooter e Ulen (2010, p. 38) chamam a eficiência Paretiana de alocativa e ressaltam que ela diz respeito às satisfações pessoais dos agentes econômicos, ratificam que ela é alocativamente eficiente quando é impossível alterar determinada condição para que deixe, pelo menos, uma pessoa em situação melhor, sem que piore a situação de, pelo menos, outra. Exemplificam, ainda, colocando a situação de dois consumidores – Smith e Jones – e dois bens – guarda-chuva e pão –, esses bens estão distribuídos entre esses consumidores. Há, nesse exemplo, uma situação Pareto-eficiente, pois é inviável a alocação desses bens sem que se deixe um ou outro consumidor em uma situação pior.

A importância do ótimo de Pareto para o Direito consubstancia-se no fato de que se fosse viável a adoção de melhorias de Pareto pelos indivíduos racionais, eles assim o fariam – sem exitar, já que se trata de uma melhora para o agente sem que prejudique os demais. Consequentemente, sendo possível, todas as alterações seriam realizadas.

Contudo, há que se demonstrar a inconsistência da Teoria, ilustrando: suponhamos que o montante de água disponível para duas fazendas seja de 800 mil litros/mês, sendo

que a Fazenda A consome 600 mil e a B consome 200 mil. Em certo momento, devido às constantes chuvas, esse volume aumenta 400 mil litros, e a Fazenda B apropria-se desse acréscimo. Tendo em vista que cada uma disporá de 800 mil litros para livre consumo, segundo o critério Paretiano, tal situação configuraria um Ótimo. Porém, a Fazenda A produz bens e emprega funcionários em número superior, desse modo, demanda por um volume maior de água. Isso posto, vislumbra-se uma situação em que se deve decidir qual Ótimo seria preferível, o que a análise Paretiana não dá conta (DOMINGUES, 2011, p. 42-43).

Além disso, há que se ressaltar que, rotineiramente, existem situações que para alguém auferir algum benefício, o outro terá que deixar de ganhá-lo ou até perdê-lo, assim, nota-se que o objetivo dessa Teoria, conforme afirma Vilfredo Pareto, é verificar os inúmeros fenômenos “ótimos” sem tachá-los valorativamente (DOMINGUES, 2011, p. 40).

Contrapondo-se, para finalizar, vale dizer que é notável que o critério de Pareto é mais restritivo que o de Kaldor-Hicks – que será visto na sequência –, pois são raras as situações que parte da sociedade melhora suas condições, sem que outra parte, de algum modo, seja onerada. Contudo, a adoção dessa Teoria tão restritiva se justifica, por realizar a diferenciação de maximização de utilidade e de maximização de riqueza. Isso porque, exemplificando: Maria que possuía 40 mil, perde 20 mil e João que possuía 100 mil, ganha 50 mil. Maria pode atribuir mais utilidade ao valor que perdeu, comparado-se com a utilidade que João atribuirá aos 50 mil que ganhou, pois ele já possuía um montante maior que o de Maria. Isso acontece pois as pessoas atribuem “utilidade distinta a uma mesma quantidade de riqueza”. Sendo assim, o critério concebido por Pareto, ainda que mais restritivo, viabiliza que “o aumento de bem-estar se dê também em termos de utilidade” (PORTO, 2013, p. 16-17).

### 1.3.2.2 A Eficiência de Kaldor-Hicks

A ética de Pareto, baseada na ideia de que só podem ocorrer melhorias para determinada pessoa, se não gerarem prejuízos para terceiros, não é aplicável ao que Posner considera como eficiência, isso porque ignora a existência das externalidades<sup>7</sup> -

<sup>7</sup> “Externalidades significam custos ou benefícios que atingem terceiros, não integrantes da relação jurídico-econômica. As externalidades podem ser positivas ou negativas: no primeiro caso, são custos arcados por terceiros. Um exemplo comum é a poluição causada por uma fábrica, custo arcado pela população e não “internalizado” no preço do produto por ela fabricado. [...] As externalidades positivas são benefícios não previstos que alcançam indivíduos que não pagaram por eles, gerando também falhas de mercado.” (CARVALHO, 2013, p. 51).

um dos efeitos das relações econômicas –, bem como se alicerça na perspectiva de que, tão somente, transações com consenso ocorrerem – aquelas em que os envolvidos acordam em transacionar, pois a utilidade que o bem adquirido lhe confere passa a ser maior do que a do bem transacionado –, por isso seriam aceitáveis. O autor afirma, ainda, que “generalizando [...], a ética de Pareto (baseada em melhorias em que não há ‘perdedores’) é inaplicável à quase totalidade das questões envolvidas na política pública e no Direito, porque o consenso é geralmente inatingível” (SALAMA, 2012, p. 18-19).

Dessa maneira, há que se elucidar o critério que mais se coaduna com a eficiência constante da obra de Richard Posner, e que, também, se mostra mais real sob análise empirista, é o método compensatório trazido por Kaldor-Hicks. Exemplificando, supõe-se que ocorreu determinada alteração legislativa que beneficiou grande parte da sociedade – os ‘ganhadores’ – e que outro grupo restou prejudicado por essa mudança – os ‘perdedores’ –, segundo critérios paretianos de verificação, essa retificação legal jamais poderia ser considerada eficiente, pois acarretou prejuízo a um grupo. Deste modo, o acolhimento desse enfoque projetado por Pareto, promoveria o engessamento da legislação, pois qualquer modificação de norma que gerasse um irrisório prejuízo a um grupo, jamais poderia ser concebida (SALAMA, 2012, p. 19).

Ao inovarem, Kaldor-Hicks diferenciam-se desse critério, pois em seu postulado sobre eficiência, viabilizam a existência de perdedores, os quais poderão ser compensados por essa perda. Todavia, não exigem que esse ressarcimento efetivamente ocorra. Note-se que, pelo critério de Pareto, os indivíduos que foram onerados com a alteração legislativa, acima exemplificada, deveriam ter, obrigatoriamente, esse dano compensado, de modo que deixassem de perder. Contudo, o critério de Kaldor-Hicks exige, tão somente, que seja viável essa compensação, ainda que ela não ocorra, pois, como no caso acima explicitado, o ganho da população supera as perdas dos terceiros. Portanto, ao sustentar que poderão existir perdedores em algumas situações, Posner adota a eficiência prevista por Kaldor-Hicks e não aquela sustentada por Pareto (SALAMA, 2012, p. 20).

Para Cooter e Ulen (2010, p. 64-65) essa eficiência se trata de uma melhoria potencial de Pareto, que visa superar as limitações contidas no critério de Paretiano, em especial àquela que sustenta que deve haver pagamento explícito por parte dos beneficiados aos eventuais sucumbentes, em qualquer mudança. Pois, não ocorrendo tal indenização, ensejará o veto. Em razão da exigência desse consentimento unânime, apontam-na como a maior desvantagem, principalmente, no que tange às políticas

públicas. Para os autores, mesmo existindo tanto problemas teóricos quanto práticos, a eficiência de Kaldor-Hicks é indispensável à economia de bem-estar<sup>8</sup>, isso pois, faz uso da técnica da análise de custo-benefício, a qual empreende um projeto somente se os seus benefícios superarem os custos, tanto os privados quanto os sociais, de modo que os ganhadores poderiam compensar os perdedores, dado que estariam em situação melhor que esses últimos.

Caliendo (2008, p. 71) *apud* Oliveira Júnior (2010, p. 8), comparando-os:

Percebe-se que, no critério Kaldor-Hicks, há situações eficientes mesmo com perdas para algum agente econômico. Desta maneira, uma melhoria de Pareto pode não corresponder a um incremento numa situação contemplada pelo modelo Kaldor-Hicks. A perspectiva de cada tipo de eficiência é diferente. O modelo paretiano é voltado para os prováveis perdedores, enquanto o modelo Kaldor-Hicks tem como ponto de referência a análise sob o prisma dos vencedores em uma determinada mudança.

Assim, através da utilização do critério de Kaldor-Hicks, Posner define eficiência como maximização de riquezas, a qual é dotada de força moral. Além disso, viabiliza, através dessa medida, uma avaliação qualitativa da felicidade ou do bem-estar geral. Consequentemente, “quanto maior a possibilidade maximização de riquezas, mais eficiente será determinada ação” e, portanto, mais interessante ao direito, tendo que em vista que é esse o fim que deve visar (GAMBA, 2012, p. 37-38).

Por fim, como bem elucida Gamba (2012, p. 39) o que se conceita por pensamento racional é o autointeresse do indivíduo, o qual objetiva maximizar o seu bem-estar. Para o autor a grande diferença entre a racionalidade e a eficiência é que, enquanto a primeira é o pensamento do agente visando maximizar a utilidade dos recursos, bem como o próprio bem-estar, que será medido pela maximização de riqueza. A segunda seria a adoção da melhor forma para concretizar seus objetivos. Assim, “racionalmente se busca a maximização da riqueza que, por sua vez, será alcançada quando o agir ocorre da forma mais eficiente possível”.

Nesse sentido, diante de um processo judicial, o indivíduo atuará dotado de autointeresse, ou seja, presentes as ramificações (opções) concernentes à árvore de escolhas (processo), ele optará pela qual lhe proporciona, naquele momento, mais bem-estar, pela qual acredita ser a mais vantajosa, ainda que aos olhos dos demais litigantes

---

8 “A parte da teoria microeconômica chamada de *economia de bem-estar* explora a forma como as decisões de muitos indivíduos e empresas interagem e afetam o bem-estar dos indivíduos como um grupo. A economia do bem-estar é muito mais filosófica do que outros temas da teoria microeconômica. Aqui se levantam as grandes questões sobre as políticas públicas.” (COOTER e ULEN, 2010, p. 60).

ou de terceiros ele não esteja realizando-a do modo mais eficiente.

Consequentemente, o agente econômico infringirá os comandos legais constantes no Código de Processo Civil (1973), caso acredite os benefícios auferidos com a violação superam os custos envolvidos no agir em desconformidade com a Lei. O direito processual civil deve se mostrar eficiente para coibir tais condutas lesivas, bem como realizar alterações jurídico-econômicas em suas normas, pois elas mexem na estrutura de incentivos, as quais influenciam diretamente no cálculo custo-benefício realizado pelo agente. Isso se dará, precipuamente, pela efetividade dos temas processuais tratados no capítulo 2.

## **2 O DIREITO PROCESSUAL CIVIL E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

### **2.1 LINHAS EVOLUTIVAS DO PROCESSO**

A origem do direito processual condiz com o momento em que o homem compreende que a justiça não deve realizada por suas próprias mãos. Nessa ocasião, acordam que a solução dos litígios e a pacificação dos conflitos, deve ser desempenhada pela autoridade pública. Surge, assim, a necessidade de regulamentação da atividade judicial, o que ensejará a criação das primeiras normas de direito processual na sociedade (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 8).

Em um primeiro momento o direito processual atém-se à punição dos delitos penais e à composição dos civis. Posteriormente, confere-se, também, aos juízes a titularidade para suprir as vontades dos inválidos e dos incapazes. Assim, nota-se que, inicialmente, a atuação do Estado era desenvolvida em sede de jurisdição contenciosa; e, mais tarde, essa atividade também abarcou a jurisdição voluntária ou graciosa (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 8).

Realizadas tais considerações, passa-se a uma breve análise evolutiva do processo civil.

Desse modo, inicia-se tratando do processo civil grego, o qual conferia às partes o ônus da produção das provas e ao julgador caberia apreciá-las livremente, de maneira racional e lógica e, conseqüentemente, destituído de quaisquer preconceitos religiosos ou culturais. O magistrado deveria ser, portanto, isento de quaisquer fanatismos. A marca desse período era oralidade, contudo, dava-se extrema importância às provas documentadas, tais como os registros mercantis, muito comuns à época. Mesmo norteando-se pela adoção de um juiz “neutro”, num processo em que o princípio dispositivo já se fazia presente, as discriminações de gênero e de idade, naquele tempo, não deixaram de imperar, por conta disso, vedava-se o testemunho de mulheres e de crianças (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 8).

Passando à análise do processo civil romano, num primeiro momento, cabe ressaltar que ele sofreu consideráveis influências do processo grego, principalmente no que concerne à prova. O juiz, nessa sociedade, era tratado como um árbitro, assim, diante da ausência de normas que tutelassem o caso concreto, ele o solucionava sob critérios puramente pessoais. Além disso, a população visualizava a função do togado como decorrente da soberania estatal. Deste modo, acreditavam que o seu papel era

indispensável àquela sociedade e que, suas mãos, eram um instrumento de pacificação (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 9).

Herzl (2012, p. 24) salienta que foi o direito romano que mais influenciou o processo civil brasileiro, destaca as três períodos que marcaram esse direito, chamados de: “*legis actiones, per formulas e extraordinaria cognitio*”. São os destaques do referido autor sobre as mencionadas fases:

Na fase da *legis actiones*, também denominado de período primitivo (que se estendeu até 149 a.C.), o processo civil era visto como um procedimento extremamente solene, exigindo uma ritualística ligada ao misticismo religioso, em que o mero equívoco de palavras ou gestos, consistentes em juramentos e sacrifícios (*sacramentum*) poderiam levar à perda do direito. Não era admitida nenhuma forma de representação: o cidadão romano (*ius civile*) postulava pessoal e diretamente ao magistrado. Basicamente, o procedimento então adotado era dividido em duas etapas: primeiro, por meio oral, um pretor (magistrado público) ouvia autor e réu; em seguida, pronunciava os dizeres do, dico, *addico* – trata-se da denominada *tria verba legitima* –, em que se concedia a ação da lei, fixava-se o objeto do litígio e “homologava-se” o contrato arbitral por meio do qual as partes se comprometiam em se submeterem à decisão do juiz provocado; em um segundo momento, o *iudex privatus* (árbitro privado escolhido dentre os cidadãos) coletava as provas e prolatava a sentença. Vale ressaltar que a *legis actiones* abarcou dois períodos importantes da civilização romana: o período da realeza (do início de Roma a 510 a.C.), as instituições políticas estavam ligadas a um estado teocrático e a um direito costumeiro, em que a função da magistratura era exercida e monopolizada pelos pontífices; e, após a queda da realeza, o período da república (510-27 a.C.), quando foi introduzida a lei como fonte do direito e a magistratura passou a ser exercida também por árbitros plebeus, de forma temporária, colegiada, gratuita e, ainda, irresponsável.

A fase *per formulas* ou período formulário, consoante José Rogério Cruz e Tucci, teve início com a edição da *lex Aebutia* (148- 126 a.C.). O auge do império romano e a conquista de grandes territórios trouxe consigo um significativo aumento da complexidade das relações sociais. As fórmulas postas à baila já não eram suficientes. Em razão disso, permitiu-se aos pretores criar fórmulas (instruções escritas) destinadas aos árbitros privados. O procedimento manteve-se dividido em duas fases, mas tratou de admitir a representação das partes por advogados. Ainda, o direito romano estendeu-se aos cidadãos romanos (*cives*) e aos estrangeiros (*peregrinus*), além de observar, mesmo que de modo acanhado, o contraditório e o livre convencimento do juiz.

A partir de 27 a.C., Roma ingressa no período do principado, em que o sistema político passa da república ao império, após intensa crise política, com a centralização de todos os poderes em Otaviano, [...] [que] reorganizou todo o sistema processual romano e oficializou definitivamente a utilização de fórmulas por meio da *lex Julia privatorum* (17 a.C.), em substituição das *legis actiones*, dando início paulatinamente à fase da *cognitio extraordinaria*, em que houve a unificação do papel de julgador, eliminando a figura dos jurisconsultos (árbitros escolhidos dentre os cidadãos) e concentrando poderes nas mãos dos pretores (agora, funcionários públicos): surgiram os primeiros juízes profissionais. Assim, a função jurisdicional, mormente as de natureza executiva, antes parcialmente privada, desloca-se para o Estado, tornando-se pública [...].

Com a queda do Império Romano e sua dominação pelos povos germânicos, o direito processual que com àquele povo esteve em ascensão, sofre uma estagnação.



Pode-se, inclusive, falar em retrocesso, visto que os conquistadores dispunham de primitivos critérios de instrumentalização da justiça, de modo que cada etnia que o compunha, apresentava distintas noções “jurídicas”. (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 10).

Já, num segundo momento, concebeu-se uma fase caracterizada pelo fanatismo religioso. Invocavam-se, nos julgamentos, as acepções divinas; neles o juiz era mero reproduzidor das leis positivadas e a ele não caberia analisar o conteúdo das provas, mas, tão somente, reconhecer a sua existência, no intuito de prolatar uma decisão de cunho meramente formal, destituída de quaisquer juízos sobre a realidade fática. Logo, em um processo acusatório, que perdurou por vários séculos, não se buscava a verdade material, alicerçava-se o seu curso em “meios artificiais”, tais como a “ordália”, e aflorava-se, ali, a crença na justiça divina; “os julgamentos eram, no dizer de Jeremy Bentham, autênticos jogos de azar ou cenas de bruxaria e, em vez de julgamentos lógicos, eram confiados a exorcistas e verdugos” (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 10).

Simultaneamente ao processo bárbaro, a Igreja Católica desenvolveu o direito canônico, o qual, no século XI, por iniciativa dos chamados glosadores, mesclava os primitivos fundamentos daquele às instituições anteriormente criadas pelo direito romano. Nesse contexto, com atributos extraídos dos três (germânico, romano e canônico), surge o direito comum, que se estabeleceu entre os séculos XI ao XVI e balizou o direito desenvolvido nos países ocidentais, sendo suas características o processo “escrito, lento e excessivamente complicado”. Dentre suas marcas estava a prova e a sentença que reproduziriam os aspectos consolidados no direito romano, possuindo eficácia *erga omnes*; do processo canônico importava-se o rito sumário, visando eliminar formalismos; as ordálias foram abolidas, bem como os juízos de Deus do direito germânico, porém, permaneceu a adoção da tortura como forma obtenção da verdade real. Além disso, prevaleceu a “tarifa legal da prova”, a qual imperou até o fim do século XVIII, momento o qual Beccaria, Montesquieu, Voltaire, entre outros, opuseram-se de maneira significativa, alterando tal contexto (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 11).

Chiovenda (1998, p. 137) aponta que:

Esses resíduos de formalismo germânico, incluem-se entre as razões que maculavam o processo comum excessivamente longo, complicado e difícil e, demais, estando em voga redigir termos de todos os atos da causa, esse processo reduziu-se pouco a pouco [...] a um processo escrito; as partes não compareciam, mas depositavam, em prazos sucessivos e rigorosos, atos escritos em juízo; os depoimentos eram colhidos numa ata, que, depois, servia de base para o julgamento, excluídas as partes de presenciar a inquirição das testemunhas. Isso explica por que, ao lado do processo ordinário [...], se tenha formado um processo

simplificado, que depois se chamou sumário.

Ressalta-se que os traços do processo comum foram aperfeiçoados, vindo a inspirar o processo moderno.

Sucessivamente, emergiu a Revolução Francesa, que ensejou a reincorporação, no processo, do livre convencimento do juiz e pretendeu abolir as provas tarifadas, contudo, somente no século XX, isso foi possível (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 11).

Acerca do desenvolvimento do processo civil, Câmara (2012, p. 8) não reproduz em sua obra a perspectiva greco-romana anteriormente evidenciada. Pois, segundo o autor, utilizando-se das palavras de Monteiro Aroca, “o estudo da evolução do Direito Processual não precisa retroceder a 'dão e Eva, ou ao macaco pelado, segundo se prefira”. Consequentemente, ele apresenta a divisão evolutiva em três fases, quais sejam: a imanentista, a científica e instrumentalista.

Quanto a primeira fase – imanentista – assevera que, nesse período, o direito processual era “mero apêndice do direito material” e negava-se a autonomia científica do processo. Predominavam os praxistas, também chamados de procedimentalistas, que viam o processo como simples conjunto de atos que obedeciam uma sequência de formalidades (CÂMARA, 2012, p. 8). Sobre essa fase, Lamy e Rodrigues (2011, 56-57) *apud* Herzl (2012, p. 31-32):

A denominação praxismo vem de *praxe*, que significa rotina, uso, aquilo que se pratica habitualmente. Nesse período, o direito processual era considerado pelos juristas como um conjunto de regras práticas sobre a forma de proceder em juízo. A preocupação central não era a forma de realizar o processo. Não havia preocupação com o seu estudo teórico. Os estudos desse período estavam repletos de marcante preocupação forense. [...] Os praxistas confundiam o direito material com o direito processual e esse com a prática forense. O direito processual era o adjetivo e o direito material o substantivo. A natureza jurídica do processo era, para os praxistas, a de quase-contrato.

Sobre a referida fase, a qual ocupa a maior parte da história do processo civil e é chamada por Bueno (2012, p. 8) de “sincrética”, que justifica a adoção dessa terminologia, pois ela corresponde para ele, exatamente, a visão do processo civil pelos estudiosos da época. Os quais, segundo o autor, não conseguiam separá-lo do direito material, porquanto faltava-lhes poucos elementos para promoção dessa fragmentação. Para o autor, os “institutos do direito processual civil não encontravam, ainda, configuração própria, sendo tratados, muito mais como reflexos ou desdobramentos [...] das regras de direito substancial”.

Sequencialmente ao explanado, em meados do século XIX, mais precisamente em 1868, publicou-se a obra do jurista alemão Oskar von Bülow, chamada de “A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais”, nela o processo foi tratado, pela primeira vez, como uma relação jurídica. Adentrando, deste modo, na fase científica processual, na qual ele passa a ser considerado autônomo e atrelado ao direito público (CÂMARA, 2012, p. 9).

Sobre a obra Bülow, Herzl (2012, p. 35) aponta algumas características:

Bülow, em apertada síntese, parte do estudo da teoria das exceções (no sentido de defesa, de uma resposta à *actio*) oriunda do direito romano – e adotada pela então Confederação Alemã –, demonstrando que algumas implicavam no julgamento do mérito e outras simplesmente postergavam o trâmite do procedimento. Assim, identificou que todo processo dependeria da presença obrigatória de certos requisitos – denominados pressupostos processuais – para que pudesse existir e/ou ser válido, independentes do mérito posto à baila. Neste tocante, Bülow verificou que o processo, para o seu desenvolvimento sadio, dependeria, basicamente de um juiz devidamente investido e que não fosse impedido ou suspeito (*exceptio fori incompetentis, praeventionis, iudicis inhabilis vel suspecti*), de a parte possuir personalidade para estar em juízo (*exceptio deficientis personae standi in iudicio*), de a parte estar legitimamente representada, mormente ao se tratar de tutor ou síndico (*exceptio procuratoria vel deficientis legitimationis ad processum*), de o processo estar ritualmente formado (*exceptio non rite formati processus*), de uma petição clara e apta (*exceptio libelli obscuri vel inepti*), de um prazo razoável para agir e responder (*exceptio termini nimis angusti*), de um foro seguro de discussão (*exceptio loci non tuti*), dentre outros pressupostos.

Para Neves (2014, p. 63) Bülow obteve sucesso ao introduzir a separação entre a relação jurídica material e a relação jurídica processual, ademais, foi exitoso, ao retirar o processo do âmbito do direito privado, colocando-o no campo publicista. O desfecho dessa fragmentação, bem como do destaque do direito processual do campo do direito privado, foi tão apropriada que prevalece, hodiernamente, tendo em vista a adoção por grande parte da doutrina processualista brasileira. Desse modo, pertinente a compreensão do “processo como a relação jurídica de direito processual, exteriorizada por meio do procedimento”.

Sobre esse período, marcado pelo alto grau de autonomia conferido ao processo civil – por isso a denominação de “fase autonomista” –, destaca-se a criação de grande parte dos institutos que, até hoje, estão atrelados ao processo:

É ao longo desta fase – que, para fins tão somente ilustrativos, ocupou o período que vai de 1868 (levando em conta a obra de Bülow) até meados da década de 1950 – que o estudo do direito processual civil se desenvolveu e que todos os seus institutos foram, com solidez, traçados. Conceitos como “ação”, “processo”, “relação jurídica processual”, “condições da ação”, “pressupostos

processuais” - que, até hoje, são referenciais obrigatórios para se estudar o direito processual civil – foram todos traçados e desenvolvidos ao longo daqueles aproximadamente cem anos. (BUENO, 2012, p. 78-79).

Realizados tais apontamentos, migra-se para a fase instrumentalista do processo, a qual se iniciou em meados do século XX e que ainda encontra-se em curso. Hoje, já não existem mais dúvidas acerca da autonomia processual. O jurista da atualidade, agora, almeja melhorias na prestação jurisdicional, conquanto “o processo deixa de ser visto como mero instrumento de atuação do direito material e passa a ser encarado como um instrumento de que se serve o Estado a fim de alcançar os seus escopos sociais, jurídicos e políticos”. Pretende-se, mormente, a perfectibilização do acesso à justiça, de modo a privilegiar o jurisdicionado (CÂMARA, 2012, p. 9).

A instrumentalidade processual acima referida caracteriza-se pela formação do elo entre o direito processual e o direito material, isso se dará através da escolha da estrutura processual adequada, na qual serão deduzidas as situações substanciais (direito material) que buscam tutela. Formada essa relação, bastará ao Estado-juiz conferir jurisdição (DIDIER JÚNIOR, 2012, p. 25).

Assim, assinala Didier Júnior (2012, p. 26-27):

Ao processo cabe a realização dos projetos do direito material, em uma relação de complementariedade que se assemelha àquela que se estabelece entre o engenheiro e o arquiteto. O direito material sonha; projeta; ao direito processual cabe a concretização tão perfeita quanto possível deste sonho. A instrumentalidade do processo pauta-se na premissa de que o direito material coloca-se como o *valor* que deve presidir a criação, a interpretação e a aplicação das regras processuais. [...] O processualista contemporâneo não pode ignorar isso.

Sobre a fase moderna, pode-se afirmar que ela caracteriza-se por conferir ao magistrado maior autonomia e poder, principalmente, no que diz respeito à produção de provas e à condução da lide. Nela prima-se pela celeridade processual, bem como pela oralidade, essas são marcas presentes nos Códigos Europeus e da América Latina, tal como o Código de Processo Civil brasileiro de 1973 (THEODORO JÚNIOR, 2012, p.11).

Ao analisar o pensamento jurídico contemporâneo, Didier Júnior (2012, p. 27) salienta que a partir da metade do século XX o mundo sofreu inúmeras transformações, não estando o processo civil imune a elas. Dessarte, aponta-as, sucintamente, e enfatiza que seu objetivo não é exauri-las, mas enumerar as que considera significativas.

Deste modo, começa apontando o “reconhecimento da força normativa da Constituição” que, segundo o autor, perdeu o papel secundário e tornou-se protagonista

dos anseios da população. Por conta de sua eficácia imediata e da boa vontade política, possibilitou a independência do legislativo, e, conseqüentemente, deixou de ser vista como uma Carta com ideários utópicos para, de fato, perfectibilizar suas garantias e conceder benesses aos outorgados. Migrou-se, assim, de um Estado Legislativo, em que os indivíduos dependiam das normas infraconstitucionais, para um Estado, verdadeiramente, Constitucional, onde se promove justiça, igualdade e liberdade (DIDIER JÚNIOR, 2012, p. 28).

Além disso, informa que houve o “desenvolvimento de uma *teoria dos princípios*”, em que eles passam a ser uma espécie de norma jurídica, abandonando a função unicamente integrativa. A terceira alteração apontada, trata-se da “transformação da hermenêutica jurídica”, ressaltando que a atribuição jurisdicional deve desempenhar um papel criativo e normativo. Apresenta-se a distinção entre texto e norma, a fim de enunciar que essa é a interpretação daquele; observa-se a proporcionalidade e a razoabilidade quando da estipulação da norma jurídica ao caso concreto; estabelece-se métodos de interpretação, etc. Como quarto e último destaque, enumera a “expansão e consagração dos *direitos fundamentais*”, consubstanciado na observância da dignidade da pessoa humana, como preceito ético indissociável do direito positivo (DIDIER JÚNIOR, 2012, p. 28-29).

Para Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p. 49) a expectativa atual dos jurisdicionados é de que o direito processual promova eficientemente o acesso à justiça. Dessa maneira, hodiernamente, visa-se a análise do processo não mais pela ótica dos produtores do serviço processual (juízes, advogados, promotores de justiça, serventuários, etc.), mas, objetiva-se vislumbrá-lo com enfoque nos resultados, isto é: de que forma os consumidores (cidadãos) são ou não o são amparados por esse serviço.

Salientam, também, que, agora, está em curso três “ondas renovatórias”: uma que busca amplo acesso, pela população carente, à assistência judiciária gratuita, garantindo-lhes, também, isenção das custas processuais e dos honorários advocatícios; a outra onda que visa dar ênfase à tutela dos interesses supra-individuais, tais como a garantia aos cidadãos um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como a proteção dos consumidores; e a terceira, notadamente, diz respeito ao processo, que deve ser simplificado e racionalizado, primando pela equidade, pelo acesso à justiça e buscando, sempre que possível, a conciliação (CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, 2008, p. 49).

Ao final, enfatiza-se que é fundamental o aprimoramento da prestação jurisdicional, de modo que se perfectibilizem as “três ondas renovatórias”, para isso acontecer é

“indispensável a consciência de que o processo não é mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas, acima disso, um poderoso instrumento ético destinado a servir à sociedade e ao Estado. Assim, “a mudança de mentalidade em relação ao processo é uma necessidade, para que ele possa efetivamente aproximar-se dos legítimos objetivos que justificam a sua própria existência” (CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, 2008, p. 50-51).

## 2.2 O PROCESSO

São inúmeras as definições dadas ao termo “processo”, as quais caminharam junto às diferentes fases evolutivas do direito processual, acompanhando uma ou outra e, até mesmo, mesclando-as, isso desde a fase imanentista até ao presente momento, no qual, segundo Didier Júnior (2012, p. 31), já há robusta doutrina que sustenta a existência da quarta fase da processualista, que seria chamada de Neoprocessualismo<sup>9</sup>. Contudo, o presente trabalho se filia à acepção que liga o processo a uma relação jurídica – mas também a exclui em sua abordagem –, pois conforme apontado anteriormente, tal corrente é a mais aceita no ordenamento jurídico brasileiro.

Silva e Gomes (2010, p. 32) clarificam essa relação jurídica:

[...] a jurisdição é atividade estatal. O Estado a prestará através do juiz, que é seu *órgão*, e, portanto, sujeito da relação jurídica que se formará. A jurisdição a ser prestada pelo Estado desencadeará uma relação jurídica tendo por sujeito o autor, o próprio Estado e o réu, ou os interessados e o Estado (para que não se exclua a chamada “jurisdição voluntária”). Esta relação jurídica, que constitui o processo, é distinta da relação jurídica submetida a apreciação do órgão jurisdicional.

As relações jurídicas que nascem, se desenvolvem e se extinguem no plano extraprocessual são reguladas por regras próprias e pertinentes ao chamado plano do direito material. [...].

[Assim] [...] entre o autor, o juiz e o réu se forma uma relação jurídica que tem todos eles por *sujeitos*, a prestação de tutela jurisdicional como *objeto* e, finalmente, o pressuposto de vedação da autotutela como *causa*. [...] A relação jurídica processual, ou seja, o processo é integrado por uma série de atos coordenados e direcionados sempre à obtenção da tutela jurisdicional, que constitui seu *objeto*. E estes atos, naturalmente, serão praticados segundo uma ordem, um modo e um tempo pré-determinados; e, não obstante a jurisdição seja sempre uma só, haverá regras sobre a competência dos juízes, bem como sobre a representação das partes e dos interessados, etc.

As atividades desenvolvidas pelos sujeitos da relação jurídica processual e, em última análise, a atividade do próprio Estado-prestador da jurisdição serão reguladas por regras próprias, que compõem o chamado direito processual civil.

9 “Para o neoprocessualismo, o processo consiste em um ato jurídico complexo resultante da aplicação de princípios constitucionais sobre uma base procedimental, instrumentalizando o direito material e proporcionando a satisfação de direitos fundamentais”. (Herzl, 2012, p. 82).

Igualmente, as sábias palavras de Chiovenda (1998, p. 78):

Independentemente do direito de ação, cabível a uma só das partes, e que só na conclusão do processo se evidenciará a qual delas pertence, durante o processo *ambas* as partes têm *direito* ao pronunciamento, e o juiz é *obrigado* para com ambas a essa prestação. Se é incerto, durante o processo, a qual das partes assiste o pronunciamento *favorável*; se, durante o processo, a tendência de cada uma delas só se pode considerar uma *aspiração*; representa, em vez disso, verdadeira e própria *expectativa* jurídica, ou seja, um direito, embora de natureza formal ou instrumental, aquela que, durante o processo, cada uma das partes tem, relativamente ao pronunciamento do juiz. O processo apresenta-nos, assim, em potência ou em ato, duas ou mais aspirações normalmente contrastantes, e outras tantas *expectativas jurídicas* coincidentes, concedidas às partes a serviço das respectivas aspirações. Por isso é uma relação jurídica. [...].

Contrapondo-se aos autores acima enumerados, Bueno (2012, p. 422) exclui de sua obra as definições da natureza jurídica do processo e critica, inclusive, a mais aceita – segundo a qual o processo configura uma relação jurídica (conforme já exposto). Em suas observações, a relação processual estaria representada por “liame jurídico” entre o autor, o réu e o Estado-juiz, aos quais impõem-se, reciprocamente, direitos, deveres, prestações, ônus, etc. Ou, também, por um elo que os une na busca pelo “atingimento de uma finalidade”. Todavia, segundo o autor, nem sequer essa conceituação merece prosperar, ainda que veementemente aceita, isso porque, considera em seu Curso sistematizado de direito processual civil, o processo sob o enfoque do “modelo constitucional”, que se desprende de quaisquer desses conceitos, os quais, em sua visão, estariam ligados ao direito privado. Bueno pretende apartar de vez a noção de direito processual civil e processo da noção de relação jurídica, no seguinte excerto:

[...] é que as relações jurídicas existentes entre aquele que provoca a atuação de Estado-juiz (autor), aquela contra quem se prova a atuação do Estado-juiz (réu) e o próprio Estado-juiz não caracterizam o processo como tal. Sejam quais forem estas últimas múltiplas relações jurídicas, elas, em si mesmas, não explicam o fenômeno processual. O fenômeno processual não se explica pelo que, eventualmente, nele se contém ou pelo que nele se faz, mas pelo que ele processo “é” (deve-ser) e a razão pela qual ele, processo, “é” (deve-ser). E o processo é (sempre, como tudo em Direito, no sentido prescritivo de “dever-ser”) porque o modelo de Estado assim impõe. O Estado age mediante processo porque “tem de fazê-lo”. O processo, assim, é método de atuação do Estado. Também por essa via de análise, não há como deixar de constatar que a Constituição Federal é premissa metodológica inafastável de todo e qualquer tema atinente ao “direito processual civil”.

Bueno (2012, p. 80), ainda, informa que é importante a diferenciação entre o direito processual civil e o processo propriamente dito. Para o autor, não restam quaisquer dúvidas, de que o processo é o principal instrumento do direito processual civil. Contudo,

há que se apontar a existência de uma relação de conjunto e parte integrante, entre àquele e esse. Bueno (2012, p. 421), ainda, destaca que os conteúdos que compõem o direito processual civil, não se esgotam no estudo no processo.

Trazendo a noção de “processo”, há que se apontar que esse é o instrumento pelo qual o Estado atua, pois utiliza-se dele para produção de seus atos. Ressalta-se que a vontade explicitada nesses atos, diferentemente da privada, é vinculada e visa atender, sempre, as finalidades públicas. Tal concepção decorre diretamente da Constituição Federal de 1988, pois foi ela quem elegeu esse meio para concretização da vontade estatal. Essa afirmação também decorre da escolha política realizada pela Carta Constitucional, uma vez que ela elegeu como seu modelo de Estado, o Democrático de Direito, o qual age alicerçado nas predisposições do ordenamento jurídico vigente. Assim, se esse ordenamento prefixou um meio inafastável para o cumprimento da finalidade estatal, essa só será concretizada, se o Estado agir processualmente (BUENO, 2012, p. 423).

Além disso, Bueno (2012, p. 81) pontua que ao

Entender o processo como método de atuação do Estado democrático de direito, e, neste sentido, algo completamente distinto do conflito que é levado ao Poder Judiciário para resolução, não significa dizer que os contornos desse conflito não possam, em alguma medida, ser úteis ou, até mesmo, indispensáveis para compreender, quando menos, algumas finalidades do direito processual civil e, vale a ênfase, da própria compreensão de vários institutos, inclusive do próprio *processo*.

Ele, ainda, assinala, que o processo é uma técnica que objetiva garantir que “o equilíbrio entre os 'fins' (os 'escopos do processo') e os 'meios' (o 'modelo constitucional do processo civil') seja adequadamente alcançado”, seu papel é equilibrar igualdade e autoridade, por isso o Estado Democrático de Direito justifica sua adoção e, também, o impõe. Há que se concluir que o processo não é exclusividade do direito processual civil, enquanto no exercício da jurisdição, ele caracteriza a atuação estatal como um todo, visto que dele se utilizam o Estado-legislador e Estado-administrador, pois, igualmente, atuam (e devem atuar) processualmente (BUENO, 2012, p. 426).

Realizadas tais considerações, Didier Júnior (2012, p. 25) aponta o processo como sendo o “método de exercício de jurisdição”, são as situações jurídicas ali constantes que receberão tutela jurisdicional, elas condizem ao mérito dessa demanda processual. Também informa que “não há processo oco”, todo processo, em regra, possui uma situação fática-jurídica deduzida a qual receberá tutela por parte do Estado-juiz, a ela



chamamos de “*direito material processualizado*”.

Conforme salienta Chiovenda (1969, p.37) *apud* Humberto Theodoro Júnior (2012, p. 2) o Direito Processual Civil é “o ramo da ciência jurídica que trata do complexo das normas reguladoras do exercício da jurisdição civil”. Nessa linha, Theodoro Júnior (2012, p. 2) considera a processualística civil como a principal, dentre os demais ramos que dispõe o Estado para exercício de seu poder jurisdicional, segundo o autor, constam dele as principais normas e princípios que nortearão os demais, considera-o como o processo geral, enquanto os demais seriam os especiais, razão pela qual sua escolha é por exclusão.

Assim, para concluir, importante diferenciação entre o direito material do processual, pois, supondo-se que determinado indivíduo esteja diante de uma pretensão que não foi satisfeita por razões externas a sua vontade, o Estado, diante de tal situação, poderá ser chamado, para, ali, desempenhar a sua nobre função jurisdicional. Exercerá a atribuição que lhe cabe com a cooperação dos envolvidos, sob o alicerce de normas jurídicas que darão respaldo a sua atividade. Às atividades desempenhadas conjuntamente – isto é, pelo Estado unido às partes –, bem como a soma das atribuições por eles desempenhadas (poderes, deveres, ônus, sujeições) que impulsionam tal atividade, dá-se o nome de processo (CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, 2008, p. 46).

Considerando que o direito processual civil é fundamental ao exercício da jurisdição por parte do Estado, também o é que se destaque do CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973) alguns dos instrumentos jurídico-econômicos utilizados pelos magistrados, com o objetivo de conferir efetividade a tutela prestada aos jurisdicionados. Esses instrumentos, servem para coibir condutas prejudiciais ao processo, bem como sancionar o descumprimento das decisões judiciais, reduzir a sobrecarga de processos judiciais, estimular acordos, entre outras atribuições.

## **2.3 INSTITUTOS JURÍDICO-ECONÔMICOS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

Inicialmente, importante frisar que os tópicos subsequentes versarão sobre alguns institutos jurídico-econômicos eleitos pela autora – presentes tanto no Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973), quanto no novo Código de Processo Civil (BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.015, de 16 de

março de 2015), bem como na CRFB (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) – em razão de seu caráter instrumental-econômico. Ainda, será mencionada a continuidade de tais temas no novo Código de Processo Civil.

Assim, do item 2.3.1 ao 2.3.6 serão apresentadas, em apertada síntese, as suas definições, aplicabilidades, etc. Mas há que informar que não se pretende, de maneira alguma, esgotar suas conceituações, mas sim pontuar suas características, de modo que, no Capítulo 3 deste Trabalho, sejam vislumbrados sob a ótica econômica.

### 2.3.1 As *astreintes*

Em um primeiro momento, objetiva-se abordar o meio pelo qual o atual Código de Processo Civil (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973) se vale para desestimular a prática dos ilícitos processuais, reportando-se, aqui, à multa.

Quanto à multa, também chamada de *astreintes*<sup>10</sup>, há previsão no artigo 461, §§ 4º e 5º, do CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973):

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor **multa diária** ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a **imposição de multa por tempo de atraso**, busca e

10 “Trata-se de instituto do Direito Francês, onde recebeu o nome de *astreintes*. O termo empregado é de uso correntio na doutrina brasileira (e de diversos países), sendo de tradução impossível. [...] Denomina-se *astreintes* a multa periódica pelo atraso no cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, incidente em processo executivo (ou na fase executiva de um processo misto), fundado em título judicial ou extrajudicial, e que cumpre a função de pressionar psicologicamente o executado, para que cumpra sua prestação” (CÂMARA, 2008, p. 241).

apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da **multa**, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. (grifei).

No que diz respeito a esse instituto, Neves (2014, p. 1084) pontua que, embora inexistam gradação entre as medidas executivas disponíveis ao juízo, quando se trata de obrigação de fazer ou não fazer, a multa, prevista no dispositivo legal acima colacionado, presta-se a compeli-lo o executado a cumprir a determinação imposta pelo juízo.

O autor enumera as peculiaridades que dão as *astreintes* o caráter impositivo: a multa diária pode ser aplicada de ofício pelo juiz, isto é, independentemente da manifestação da parte; é viável a aplicação da multa, tão somente, “por tempo de atraso”, já que o CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973) não define esse tempo, bastando o inadimplemento; o § 6º confere ao magistrado a faculdade reduzi-la ou aumentá-la, bem como modificar sua periodicidade, conforme entender pertinente; por fim, basta o cumprimento da obrigação a destempo para que o obrigado tenha nela incorrido, e, perdura sua exigibilidade, ainda que seja a obrigação adimplida (NEVES, 2014, p. 1084).

De acordo com Câmara (2008, p. 240) a multa, prevista no artigo 461, do CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973) trata-se de meio de coerção, mas não se trata de meio executivo, tal instituto, para o autor, é um “meio de pressão psicológica” que atua sobre o demandado objetivando compeli-lo a executar a prestação. Gonçalves (2012, p. 43), na mesma linha, destaca o caráter coercitivo, pois “as multas periódicas têm por objetivo pressionar o devedor a cumprir a obrigação. Sua finalidade não é repressiva ou punitiva. Não são sanção ou pena. Por isso tem o juiz ampla liberdade de fixá-las”.

Já Chiovenda (1998, p. 349) divide os meios executivos em meios de coação e meios de sub-rogação, considerando a multa como integrante do primeiro. Portanto, diferentemente dos autores enunciados acima, trata-a como meio executivo. Assim, esclarece que se dizem “meios de coação os com que os órgãos jurisdicionais tendem a fazer conseguir para o credor o bem a que tem direito *com participação do obrigado*, e, pois, se destinam a influir sobre a vontade do obrigado para que se determine a prestar o que deve.” Quanto aos meios de sub-rogação os define como aqueles que os “órgãos jurisdicionais objetivam, por sua conta, fazer conseguir para o credor o bem a que tem direito *independentemente da participação e, portanto, da vontade do obrigado*”, eis o caso da busca e apreensão de coisas móveis, etc.

Em se tratando do valor da multa, Neves (2014, p. 1085-1086) assinala que tal pecúnia não pode ser irrisória, nem exorbitante, mas cabe ao magistrado analisar o caso concreto, buscando deduzir do processo o montante que estaria apto a compelir a parte executada a cumprir com sua obrigação. Segundo ele, “tem-se que endurecer sem perder a ternura”. Informa, também, que se a quantia fixada for muito baixa, não haverá estímulo à adimplência e, sendo ela excessiva, também não haverá, pois o obrigado “pensará que a ameaça do Juiz foi tão exagerada que não terá estímulo para o cumprimento da decisão”.

Todavia, assevera que, desde o descumprimento da *astreinte* fixada, já há a “circunstância superveniente” para a majoração e/ou alteração de sua periodicidade, pois o montante arbitrado não está cumprindo a sua função (NEVES, 2014, p. 1088).

Neves (2014, p.1087), no entanto, tece críticas a esse dispositivo argumentando que nem sempre a multa surte os efeitos que pretende, ou seja, não gera o cumprimento da obrigação, mas acarreta, tão somente, a formação de um direito de crédito em desfavor do demandado.

Desaprova, também, a parte do § 2º, do artigo 461, na qual o legislador prescreveu que a incidência de multas não impede a condenação por perdas e danos. Para ele, o demandante – aquele que, segundo entendimento do STJ<sup>11</sup> é credor da obrigação –, “tornando-se credor do valor da multa frustrada, a parte tem um ganho patrimonial em detrimento do patrimônio da parte contrária, sem nenhum respaldo jurídico para justificar tal locupletamento” (NEVES, 2014, p.1087). Este trabalho, porém, não se filia de tal entendimento, pois quanto maior o impacto ao patrimônio do executado, mais estimulado ele estará a cumprir com sua obrigação.

Sobre a viabilidade de alteração do valor fixado, Câmara (2008, p. 245) pontua que foi com a entrada em vigor da Lei nº 10.444/2002 (BRASIL. Lei n. 10.444 de 7 de maio de 2002), que se pacificou o entendimento de que as multas poderiam ser alteradas a qualquer tempo, desde que modificados as circunstâncias que ocasionaram a sua fixação. Isso pode ocorrer tanto nos títulos judiciais (artigo 461, do CPC – BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973) quanto nos extrajudiciais (artigo 645, parágrafo único, do CPC – BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973), com a ressalva de que, nesse último, só haverá a redução do valor fixado no título, quando o magistrado entender necessário; contudo, nunca haverá majoração, ainda que consideradas insuficientes.

---

11 Informativo 479, STJ, 4ª Turma, REsp 949.509-RS, Rel. orginiário Min. Luiz Felipe Salomão, Rel. para o acórdão Min. Marco Buzzi, j. 08.05.2012.

De acordo com Neves (2014, p. 1089), em se tratando de *astreintes*, o julgador deverá observar, sempre que necessário, o Princípio da Razoabilidade. Isso porque, para ele, se a multa surtiu os seus efeitos, fazendo com que o demandado adimplisse com a obrigação, ela é, ainda assim, exigível, pois configura um direito adquirido do autor.

Contudo, frustrada a finalidade a que destina, deverá o juiz fixar o termo que, com base na análise do caso concreto, ela deixou de surtir efeitos, para que, tão somente, em relação a esse período ela seja exigível, no intuito de que não se torne exorbitante (NEVES, 2014, p. 1089).

Obedecerão, ainda, as partes, o princípio da boa-fé e da lealdade processual<sup>12</sup>, pois, o exequente, muitas vezes, imbuído da má-fé de locupletar-se, não requer a conversão da obrigação em perdas e danos, o que, sem dúvidas, é de se condenar.

Num processo em que são atendidos esses princípios ou punidas as eventuais infrações dos litigantes, há que se valer do excerto da obra de Neves (2014, p. 1090), que condiz com a linha que se alicerça o presente trabalho, qual seja:

O tema, entretanto, passa longe de ser tranquilo, existindo tanto doutrina, quanto decisões do próprio Superior Tribunal de Justiça entendendo que se o não cumprimento da decisão do juiz deu-se por resistência injustificada da parte, não há sentido em se minorar o valor final da multa. Nesse entendimento, se o valor é alto, isso decorre da postura de afronta ou desleixo adotada pela parte, e em razão disso diminuir o valor da multa é contrariar a própria natureza da multa cominatória.

No que diz respeito ao momento da sua exigência, segundo Câmara (2008, p. 242), após ser ultrapassado o prazo para o cumprimento da obrigação, ela se tornará, desde já, exigível, incidindo em execução forçada. Desta maneira, do montante condizente à multa, decorrido determinado período sem que o executado o tenha adimplido, caberá liquidação, através de execução por quantia certa. Tem-se que ressaltar que a satisfação das *astreintes* não interfere na obrigação não satisfeita, além disso, sobre ela continuam incidindo *astreintes* que, sucessivamente, poderão ser levantadas.

Contudo, dessa corrente não faz parte Dinamarco (2004, p. 474) *apud* Gonçalves (2012, p. 44), para esse autor:

12 “Sendo o processo, por sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele faltando ao dever de verdade, agindo deslealmente e empregando artifícios fraudulentos. [...] o processo é um instrumento posto à disposição das partes não somente para eliminação de seus conflitos e para que possam obter resposta às suas pretensões, mas também para a pacificação geral na sociedade e para a atuação do direito. Diante dessas suas finalidades, que lhe outorgam uma profunda inserção sócio-política, deve ele revestir-se de uma dignidade que corresponda a seus fins. O princípio que impõe esses deveres de moralidade e probidade a todos aqueles que participam do processo (partes, juízes e auxiliares da justiça; advogados e membros do Ministério Público) denomina-se *princípio da lealdade processual*.” (CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, 2008, p. 46).

[...] não seria legítimo impor ao vencido o efetivo desembolso do valor das multas enquanto ele, havendo recorrido, ainda pode ser eximido de cumprir a obrigação principal e, conseqüentemente, também de pagar pelo atraso. Isso significa que, entre o começo da desobediência (não cumprimento no prazo estabelecido) e o trânsito em julgado da sentença mandamental, acumular-se-ão valores devido a título de multa, para que só ao final a soma de todos eles possa ser cobrada.

Contrapondo-se ao ilustre Dinamarco, as palavras de Neves (2014, p. 1092-1093):

[...] a necessidade de exigibilidade imediata resulta da própria função coercitiva da multa, porque a necessidade de aguardar a definitividade da decisão, que só ocorrerá com o advento da coisa julgada material, seria extremamente contrária à necessidade de pressionar efetivamente o devedor a cumprir a obrigação. Uma perspectiva de remota execução não seria suficiente para exercer a pressão psicológica esperada das *astreintes*.

[...] Concordo com a [...] corrente doutrinária porque de fato, com o tempo que os processos demorar para atingir o trânsito em julgado, muito da natureza coercitiva da multa se perderá se a exigibilidade da cobrança do crédito gerado pela frustração da multa depender desse momento processual. Trata-se do tradicional e frequente choque entre a *efetividade* (exigibilidade imediata, sem saber ainda se a multa é efetivamente devida) e a *segurança jurídica* (exigibilidade após o trânsito em julgado da decisão que fixa a multa, quando se saberá definitivamente se a parte é ou não titular do direito de crédito).

Por fim, ressalta-se que o Superior Tribunal de Justiça vem corretamente aceitando a exigência provisória da multa (NEVES, 2014, p. 1092).

No nCPC (BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.015, de 16 de março de 2015) são mantidas as *astreintes* em sede de obrigação de fazer ou de não fazer. Inova-se, contudo, ao positivar o entendimento de que cabe execução provisória dessa multa, na forma prevista no §3º, do artigo 537, que preleciona:

A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte ou na pendência do agravo fundado nos incisos II ou III do art. 1.042.

Assim, acaba-se com a divergência jurisprudencial atrelada ao tema, consagra-se a eficácia imediata da multa, dando-se segurança jurídica ao favorecido e, também, acabando-se com a choque entre esse princípio e o da efetividade (NEVES, 2014, p. 1095).

### 2.3.2 A multa por ato atentatório à dignidade da jurisdição, por violação do dever de parte e por litigância de má-fé

Os deveres das partes<sup>13</sup> e a condenação por Litigância de má-fé são prescrições contidas no Código de Processo Civil (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973), em seus artigos 14 e 17, respectivamente, e se referem à conduta daqueles que integram o processo.

Nas hipóteses do artigo 14 estão inseridos os deveres dos integrantes da lide, bem como daqueles que a conduta possa ali interferir, dentre esses incluem-se os juízes, os promotores, os advogados, os serventuários da justiça, e, ainda, terceiros, como as testemunhas. Assim,

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, **aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa**; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado. (grifo nosso).

Da análise do artigo supracitado, pode-se afirmar que, mesmo havendo prescrições legais sobre como deve se dar a conduta dos envolvidos em uma demanda processual, quanto aos incisos I, II, III e IV não se impõe qualquer sanção por descumprimento. Agora, no que diz respeito ao inciso V, do artigo 14, há, no parágrafo único, previsão de multa não excedente a 20% do valor da causa, a ser aplicada em caso de ato atentatório

13 “Tendo em vista que o conceito de parte se refere, sempre, a uma situação processual, Chiovenda lhe dá o seguinte conceito: 'Parte é aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandado) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada'. Parte, portanto, segundo esse conceito, seria aquele que pede (autor) para si alguma providência judicial, capaz de corresponder ao conceito de *bem da vida* empregado por Chiovenda, e aquele contra quem se pede a mencionada providência.” (SILVA e GOMES, 2009, p. 125).

à dignidade da jurisdição. O legislador buscou punir, de alguma forma, aquele que descumpre ou, simplesmente, não cumpre com exatidão os provimentos mandamentais emanados pelo juízo (NEVES, 2014, p. 100).

Cabe anotar que se chamou o descumprimento das determinações judiciais, em sede de tutela antecipada ou, até mesmo, de provimentos finais, de ato atentatório à dignidade da jurisdição. Há, aqui, que se ressaltar que ao conferir tal nomenclatura às condutas dos sujeitos do processo, quis o legislador informar que, ao se portarem desse modo, os litigantes, bem como os demais envolvidos na lide, não ofenderiam, unicamente, a parte contrária, mas também desrespeitariam o Estado-juiz. Portanto, incorrendo na conduta descrita no inciso V, do referido artigo, “a maior vítima dos atos descritos [...] é o próprio Estado” (NEVES, 2014, p. 101).

Igualmente, considera-se ato atentatório à dignidade da justiça, em sede de execução, as condutas previstas no artigo 600, e a essas atitudes, impõe-se a multa do artigo 601, ambos do Código de Processo Civil (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973), abaixo transcritos:

Art. 600. Considera-se atentatório à dignidade da Justiça o ato do executado que:

I - frauda a execução;

II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;

III - resiste injustificadamente às ordens judiciais;

IV - intimado, não indica ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores.

[...]

Art. 601. Nos casos previstos no artigo anterior, o devedor incidirá em multa fixada pelo juiz, em montante não superior a 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material, multa essa que reverterá em proveito do credor, exigível na própria execução.

Parágrafo único. O juiz relevará a pena, se o devedor se comprometer a não mais praticar qualquer dos atos definidos no artigo antecedente e der fiador idôneo, que responda ao credor pela dívida principal, juros, despesas e honorários advocatícios.

Há, ainda, no CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973), a previsão contida no artigo 273, II, que dá ao julgador a possibilidade, como forma de punir abuso de direito ou conduta protelatória do réu, de antecipar os efeitos da tutela pretendida pelo autor, desde que presentes os outros pressupostos. Assim, não só pode, como deve o magistrado atuar desse modo, é o que está prescrito no artigo 125, III, também do CPC



(BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973), pois a ele compete “prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça” (BUENO, 2014, p. 552).

Já no inciso II, do artigo 14, do CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973), consta que é dever da parte “proceder com lealdade e boa-fé”, ainda que não haja cominação de multa por descumprimento desse dever, tem-se que elucidar, que tal prescrição legal condiz com os princípios da boa-fé e da lealdade processual, os quais devem nortear a atuação perante o Estado-juiz. Dessa maneira, indissociável a esse princípio é a inocorrência nas condutas caracterizadores de litigância de má-fé, contidas no artigo 17, do Código de Processo Civil (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973), para o qual há previsão de multa, quais sejam:

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:  
 I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;  
 II - alterar a verdade dos fatos;  
 III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;  
 IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;  
 V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;  
 VI - provocar incidentes manifestamente infundados.  
 VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

Quanto à condenação, essa se dará na forma estabelecida no artigo 18, do Código de Processo Civil (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973):

Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.  
 § 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.  
 § 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.

Humberto Theodoro Júnior (2012, p. 103) sobre o tema salienta que:

Dentro da sistemática do processo civil moderno, as partes são livres para escolher os meios mais idôneos à consecução de seus objetivos.

Mas essa liberdade há de ser disciplinada pelo respeito aos fins superiores que inspiram o processo, como método oficial de procura da justa e célere composição do litígio.

Daí a exigência legal de que as partes se conduzam segundo os princípios da lealdade e probidade, figuras que resumem os itens do art. 14, em sua acepção mais larga.

Como ensina Andrioli, as noções de *lealdade* e *probidade* não são jurídicas, mas sim da experiência social. 'A lealdade é o hábito de quem é *sincero* e, naturalmente, abomina a *má-fé* e a *traição*; enquanto a *probidade* é própria de

quem atua com retidão, segundo os ditames da consciência”.

Observando as disposições previstas nos artigos acima transcritos que versam sobre o *contempt of court*<sup>14</sup> brasileiro, Dinamarco (2009, p. 265) *apud* Gazdovich (2013) assevera que “depreende-se de cada uma dessas figuras o dever de comportar-se de modo contrário, porque cada uma delas contém em si, pelo lado negativo, a especificação de um aspecto inerente ao dever de lealdade”.

Já no nCPC (BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.015, de 16 de março de 2015) as disposições concernentes à litigância de má-fé encontram similaridades com as do atual CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973). Merece destaque a alteração da percentagem concernente à multa fixada quando a parte incorre em uma das hipóteses que configuram má-fé processual, já que, na nova Lei, ela ficará entre um e dez por cento do valor da causa, devidamente corrigido, na forma do artigo 81, *caput*. Caso o valor atribuído ao feito seja irrisório ou inestimável, ela poderá alcançar o patamar de até 10 salários-mínimos (§ 2º, do artigo 81). Sobre o valor da indenização, quando houverem prejuízos à parte, ele se dará nos termos do § 3º, do artigo 81, o qual prescreve que “o valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos”.

Quanto ao descumprimento dos deveres atribuídos às partes, eles, também, encontram correspondência ao previsto no artigo 14, do atual CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973), porém, há inovação em um inciso, que configura ato atentatório à dignidade da justiça. Assim, o inciso VI, do artigo 77, do nCPC (BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.015, de 16 de março de 2015), que corresponde a conduta omissiva de “não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso” junto ao inciso IV, condizente a conduta comissiva de “cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação”, o desrespeito a essas prescrições, serão punidos com multa de até 20% do valor da causa, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis. Também há previsão de

---

14 “A desobediência à autoridade do órgão judiciário, descumprindo ou embaraçando o cumprimento de seus provimentos judiciais, constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição - assim prevê, letra por letra, o parágrafo único do art. 14 do CPC. Tais condutas amoldam-se, visivelmente, aos conceitos anglo-americanos do instituto *contempt of court*. Com essa novel previsão, o legislador deu mais um passo em direção à importação da doutrina do *contempt of court* - com devidas adaptações às peculiaridades de nosso sistema, é claro. Trata-se o instituto, em sua essência, de microssistema normativo composto por regras e princípios que vê garantir a boa administração da justiça e o prestígio do Poder Judiciário. Tem o condão de reger os atos tudo por *contempt of court*, os quais representam, literalmente, 'desprezo à corte, ou ainda desacato ao tribunal, conduta que constitui ofensa punível de diversas maneiras'”. (BRAGA, 2004, p. 1).

que se tratando de valor da causa irrisório ou inestimável, a multa será fixada em até 10 vezes o salário-mínimo vigente.

O artigo 600, do atual CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973 encontra correspondência com o artigo 774<sup>15</sup>, do nCPC (BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.015, de 16 de março de 2015), porquanto ambos preveem multa de até 20% do valor da causa, em se tratando de ato atentatório à dignidade da jurisdição em sede de execução. Ressalta-se que em ambos os artigos, mesmo tratando-se de ato atentatório à dignidade da jurisdição, a multa será revertida em favor do exequente.

Por fim, há que se apontar que é inegável que as partes atuem buscando, em seu favor, a melhor tutela jurisdicional possível, desse modo, além de ser dever dos litigantes que tal atuação seja conforme os princípios da boa-fé e da lealdade processual, é, da mesma forma, dever dos mesmos que ela se dê alicerçada no Princípio da Cooperação, mas crer no desinteresse dos litigantes em lograr êxito na demanda processual é “pensamento ingênuo e muito distante da realidade”. Assim, não se pretende afirmar que as partes não colaborarão, pois ela cooperarão, mas até o limite que esse auxílio lhes favoreça (NEVES, 2014, p. 99).

### 2.3.3 A audiência preliminar

Inicialmente, é preciso informar que não sendo caso de extinção do processo (artigo 329, do Código de Processo Civil – BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973), nem de julgamento antecipado da lide (artigo 330, do Código de Processo Civil – BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973), o magistrado, em se tratando de direitos os quais é possível transação, designará audiência preliminar, na forma prescrita do artigo 331, do CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973):

Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz

---

15 Art. 774. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que: I - frauda a execução; II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; III - dificulta ou embaraça a realização da penhora; IV - resiste injustificadamente às ordens judiciais; V - intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, nem exhibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus. Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz fixará multa em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, a qual será revertida em proveito do exequente, exigível nos próprios autos do processo, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material.

designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

**§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.**

§ 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º. (grifo nosso).

Câmara (2012, p. 359-360) informa que a denominação de audiência preliminar foi concebida pela Reforma da Reforma do Código de Processo Civil de 1973 – através da Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002 –, pois antes a chamavam de audiência de conciliação, o que, para o referido autor, mostrava-se inadequado. Contudo, aponta que, mesmo não sendo mais uma audiência conciliatória em nome, hoje ela o é principalmente, de nada adiantando essa alteração. Isso, pois, não sendo possível a conciliação, já se justifica a sua dispensabilidade, considerando que o saneamento do processo<sup>16</sup>, nessa fase, pode se dar de forma escrita.

No que diz respeito ao objetivo da referida audiência, Neves (2014, p. 463) informa que se trata da fase processual em que, ao juiz da causa, cabe preparar a demanda para a instrução e, posterior, julgamento. Salienta, ainda, que de acordo com a redação do artigo 331, do CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973), tal audiência preliminar pode ser dispensada, a critério do togado, nesse caso o saneamento ocorre por decisão escrita. O autor sustenta que, embora grande parcela da doutrina concorde com a opção do legislador, “a possibilidade – ou dificuldade – na obtenção da conciliação não deveria afastar a realização da audiência, para que os outros atos processuais pudessem oralmente ser praticados”.

São as duas situações em que tal audiência não ocorrerá, trata-se do caso de direitos que não admitem transação e, outrossim, quando admitem, o juiz verificar que devido as peculiaridades do caso concreto, ela não merece ocorrer. Quanto a essa última exceção, a doutrina fixou três hipóteses:

- (a) manifestação expressa de uma ou de ambas as partes de que não querem conciliar;
- (b) o comportamento das partes em juízo levarem o juiz a um grau significativo de segurança de que não existe clima para uma transação entre elas;

<sup>16</sup> “O saneamento do processo é, em verdade, uma decisão interlocutória que nada saneia, mas tão somente declara saneado o processo, ou seja, o declara livre de quaisquer vícios que possam impedir o seu regular desenvolvimento” (CÂMARA, 2012, p. 361).

(c) a conduta das partes de não celebrar acordos em demandas anteriores similares. (NEVES, 2014, p. 463).

Ressalta-se que a realização dessa audiência preliminar está condicionada, portanto, a possibilidade de obtenção de composição, o que será definido através de uma análise subjetiva realizada pelo julgador. Assim, afastou-se a obrigatoriedade da realização de um primeiro contato entre as partes, contrapondo-se às legislações processuais mais avançadas. Trata-se de um retrocesso, pois

[...] não é só pela possibilidade de conciliação entre as partes que a importância dessa audiência tem sido ressaltada nas legislações europeias. Sobretudo pela definição do objeto do processo em trabalho de franca e direta cooperação entre juiz e partes é que se valoriza esse estágio procedimental, por meio do qual se concentra o tema do debate e se definem as provas pertinentes e admissíveis (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 430-431).

Conforme visto, tanto Neves quanto Theodoro Júnior consideram de suma importância a realização da audiência preliminar do artigo 331, do CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973), ainda que por muitos doutrinadores ela seja vista como prescindível, quando inexistente a possibilidade de conciliação. Há que se informar, que o presente trabalho se alicerça na fundamental relevância dessa troca inicial de informações entre os litigantes.

Na linha desse trabalho, Câmara (2012, p. 368), sobre aludida Reforma – perfectibilizada pela Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002 – do artigo 331, do CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973), que viabilizou a dispensabilidade da audiência preliminar e o saneamento, por escrito, do processo:

A opção do legislador, ao criar o § 3º do art. 331, é, *data venia*, infeliz. [A] audiência preliminar era extremamente útil mesmo nos casos em que a causa versa sobre direitos que não admitem transação, eis que permite um diálogo entre o juiz e as partes e seus advogados, o que otimiza a instrução processual. A possibilidade de as partes dialogarem a respeito da instrução probatória permite evitar a prática de atos processuais desnecessários para a solução da causa. Infelizmente, porém, o legislador optou por excluir a realização de audiência nesses casos, bem como naquelas hipóteses em que, mesmo sendo em tese possível a transação em razão da natureza do direito material deduzido em juízo, for improvável a autocomposição. Esta segunda hipótese, além de tudo, serve como desculpa para alguns juizes, que não gostam de realizar audiência, evitarem-na, afirmando simplesmente que proferem por escrito a decisão de saneamento porque se convenceram, pelas circunstâncias da causa, da improbabilidade de haver autocomposição.

Agora, quando é o caso de sua realização, sobre as fases nela desenvolvidas, destaca, Dinamarco (1997, p. 118 *apud* DIDIER JÚNIOR, 2012, p. 554) que ela tem um

“tríplice escopo: conciliação, saneamento do processo e instrução”.

O primeiro ato é a tentativa de conciliação das partes, que, ocorrendo, será reduzida a termo, e ensejará a extinção do processo com resolução de mérito (artigo 269, III, do CPC – BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973). Não ocorrendo a composição, o magistrado dará continuidade a esse momento processual, passando, então, as demais atividades para ele previstas – ressalta-se que não se deve tornar os autos conclusos, como é de praxe no cotidiano judicial, mas sim, deve, o magistrado, decidir as questões processuais pendentes, sanando quaisquer irregularidades, de modo a tornar o processo pronto para as próximas fases (NEVES, 2014, p. 465).

Neste contato pessoal serão fixados, ainda, os pontos controvertidos entre as partes e haverá delimitação das provas a produzir em futura audiência de instrução e julgamento que, igualmente, terá data fixada na audiência preliminar. O artigo 331, *caput*, prescreve que essa deverá ocorrer em trinta dias, contudo, por se tratar de um prazo dilatório, não, necessariamente realizar-se-á em tal prazo (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 430).

O Código de Processo Civil (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973) prescreve os fatos que não dependem de provas<sup>17</sup>, diante do reconhecimento de sua veracidade por ambas as partes, tais como os incontroversos. Mas, quanto aos pontos controvertidos, de acordo com Câmara (2012, p. 364) a sua fixação é fundamental, pois somente em relação a eles é que se admite instrução probatória. Consequentemente, após a delimitação desses pontos, deverá o magistrado junto às partes, definir quais são as provas a serem produzidas, de modo a otimizar o processo, evitando-se quaisquer provas inúteis, primando-se pela efetividade e celeridade na prestação jurisdicional. Assim, “é de se notar que essa atividade é destinada a permitir o descobrimento da verdade, fim último do processo, podendo, portanto, o juiz, após este momento, determinar a produção de outras provas, que, a princípio, não lhe pareciam necessárias”.

Por fim, como última atividade a ser realizada na audiência preliminar, tem-se a designação, se necessário, de audiência de instrução e julgamento. Ressalta-se que não há obrigação que se designe, pois existem casos que a formação do conteúdo probatório se dá, tão somente, com prova documental ou pericial, o que, por si só, demonstra a desnecessidade desse outro momento processual.

---

17 Não dependem de provas, nos termos do artigo 334, do CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973), os fatos notórios (inciso I); os fatos afirmados por uma parte e confessados pela outra (inciso II); os fatos tomados como incontroversos (III); e, por fim, aqueles que há presunção legal de existência ou de veracidade (inciso IV).

Quanto às inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil (BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.015, de 16 de março de 2015), a respeito da audiência preliminar, importante ressaltar que ela deixará de ser uma audiência de conciliação e saneamento realizada após a manifestação do réu, e passou a ser uma audiência preliminar de conciliação ou mediação praticada antes da resposta do réu, conforme prescrito no artigo 334 e seguintes do nCPC (BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.015, de 16 de março de 2015).

Assim, não sendo caso de indeferimento da petição inicial nem de improcedência liminar do pedido, o togado singular designará audiência preliminar de conciliação ou de mediação, nos termos do artigo 334, *caput*, do nCPC (BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.015, de 16 de março de 2015). Com fulcro no que prescreve a nova Lei, será realizada conciliação, quando, entre as partes, não houver nenhum vínculo anterior ao litígio, nesse caso o conciliador tem participação mais ativa, podendo, inclusive, oferecer sugestões para a solução da demanda. Conquanto, haverá mediação, se, entre as partes integrantes do litígio, já existia um vínculo antecedente a propositura da ação, aqui o mediador funciona como um veículo de troca de informações entre os litigantes (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 276).

Esses meios alternativos de pacificação de conflitos ocorrerão no centro judiciário de pacificação de conflitos (artigo 165, do nCPC – BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.015, de 16 de março de 2015). Excepcionalmente, ocorrerão em juízo.

Há que se destacar, assim como o foi sobre a audiência preliminar do CPC de 1973 (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973), que existem duas hipóteses nas quais a audiência preliminar não ocorrerá: a primeira versa sobre os casos em que ambos os polos integrantes do litígio expressem desinteresse na composição (inciso I, do § 4º, do artigo 334, do nCPC – BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.015, de 16 de março de 2015); já a segunda hipótese é no caso do processo que não admite autocomposição (inciso II, do § 4º, do artigo 334, do nCPC – BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.015, de 16 de março de 2015) (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 624-625).

Marcada audiência pelo magistrado da causa, considerando que o autor ou réu não se manifestaram sobre o desinteresse na autocomposição e que a causa não versa sobre os casos em que não se pode conciliar, o não comparecimento por qualquer das partes, ensejará a fixação de multa por ato atentatório à dignidade da jurisdição, no montante de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, sendo revertida em favor da Justiça competente para julgar o feito, na forma do § 8º, do artigo

334 (DIDIER, 2015, p. 625).

Havendo audiência e não ocorrendo mediação ou conciliação, não sendo hipótese de extinção do processo, nem de julgamento antecipado do mérito ou de julgamento antecipado parcial do mérito, o juiz, após a resposta escrita do réu, deverá proferir decisão de saneamento e de organização do processo, conforme prescrito no artigo 357, *caput*, do nCPC (BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.015, de 16 de março de 2015). Sobre essa fase processual, Didier Júnior (2015, p. 691) informa que se trata da ocasião em que órgão jurisdicional deverá decidir o objeto litigioso, mas não há um conjunto probatório que lhe possibilite fazer isso. Assim, ele resolverá questões processuais pendentes; delimitará as questões de fato, sobre as quais recairão as provas; distribuirá o ônus probatório; delimitará as questões de direito; designará, se for o caso, audiência de instrução e julgamento.

Inova-se nesta ocasião, pois a decisão de saneamento e organização é vinculativa. Em razão disso há a possibilidade das partes, no prazo adequado, questionarem o seu conteúdo, requerem alterações e acréscimos, através de petição simples. Fala-se, aqui, em preclusão, pois, caso os litigantes não realizem em tal interregno, estarão sujeitos ao conteúdo naquela decisão fixado. E somente produzirão provas sobre o que foi ali definido (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 693).

Em se tratando das causas onde há complexidade da matéria de fato ou de direito, o juiz poderá designar audiência de saneamento e organização em cooperação com as partes. Sendo o caso, o juiz, igualmente, chamará as partes para integrar ou esclarecer suas alegações, é o que prescreve o § 3º, do artigo 357, do nCPC (BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.015, de 16 de março de 2015) (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 693).

Ocorrerá, assim, a formação de negócio jurídico plurilateral, entre as partes e o juiz, sobre todos os pontos que caberiam ao magistrado, sozinho, definir na decisão sanatória. Destaca-se que, a formação desse consenso, permite a aproximação dos envolvidos, sendo, visivelmente, mais benéfico ao litígio, pois possibilita a cooperação, de acordo com o que busca o nCPC (BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.015, de 16 de março de 2015), em seu artigo 6º: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Por fim, revela-se que o nCPC (BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.015, de 16 de março de 2015) prevê em seu artigo 357, § 2º, a possibilidade das partes firmarem acordo extrajudicial sobre a organização do processo, ele versará sobre questões de fato e de direito, que estará sujeito à decisão homologatória do juiz e



vinculará, da mesma forma, os litigantes.

Há também a possibilidade de se firmar acordo plurilateral, na audiência de saneamento e organização em cooperação com as partes, sobre o calendário processual, desde a fase probatória até a sentença final.

Nota-se, ao final, que não há momento para tentativa de conciliação entre as partes nesse momento processual.

#### 2.3.4 Os custos do processo<sup>18</sup>

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) garantiu aos cidadãos o amplo acesso à justiça, por meio da perfectibilização, em alguns incisos de seu Artigo 5º, dos princípios que norteariam a promoção dessa garantia aos jurisdicionados. Num primeiro momento, tratou de reconhecer a igualdade dos homens perante a Lei (inciso I), devendo tanto a legislação infraconstitucional quanto o magistrado de determinada lide, a qual foi submetida a apreciação pelo Poder Judiciário, garantirem a concretização da isonomia entre os litigantes. Outrossim, o legislador, alicerçado nesse preceito constitucional, tratou de abarcar esse princípio no Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973), assegurando, portanto, a 'paridade de armas' (NEVES, 2014, p. 89), é o que se nota no artigo 125, I, dessa Lei:

Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:  
I - assegurar às partes igualdade de tratamento;  
[...].

Destaca-se que o supratranscrito artigo visou conceder às partes, componentes da demanda judicial, um tratamento equânime, mas também, garantir que o magistrado mostre-se imparcial frente à lide.

Todavia, como bem sustenta Neves (2014, p. 89-90), esse tratamento não pode se dar, somente de maneira formal, mas sim, por meio da materialização principiológica.

18 “Essas despesas compreendem as custas e [...] os demais *gastos* efetuados com os atos do processo, como indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração de perito e assistentes técnicos (art. 20, § 2º). [...] São *custas* as verbas pagas aos serventuários da Justiça e aos cofres públicos, pela prática de ato processual conforme a tabela da lei ou regimento adequado. Pertencem ao gênero dos tributos, por representarem remuneração de serviço público. *Despesas* são [...] os demais gastos feitos pelas partes na prática dos atos processuais com exclusão dos honorários advocatícios, que receberam do Código tratamento especial (art. 20, *caput*)”. (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 108).

Dessa maneira, já é notório que “havendo uma igualdade entre as partes, o tratamento também deva ser igual, mas a isonomia entre sujeitos desiguais só pode ser atingida por meio de um tratamento também desigual, na medida dessa desigualdade”. Sobre o assunto, Bueno (2012, p. 167) pontua:

[...] não há como negar que a legislação processual civil, codificada e não codificada, é repleta de situações que criam condições *desiguais* de participação dos litigantes ao longo do contraditório. A questão que cabe formular, destarte, é se estas previsões são, ou não, constitucionais, isto é, se atendem, ou não, ao 'princípio da igualdade', ao 'princípio da paridade de armas'.

Ensina a doutrina que o mero tratamento desigual, por si só, não agride, necessariamente, a isonomia constitucional. O que revela é que o tratamento desigual seja suficientemente justificável, isto é, que ele seja devido e adequado para *equilibrar*, perante o Estado – e [...] para o juiz no processo jurisdicional –, situação de desequilíbrio estranho ao processo ou, quando menos, que surge no próprio plano do processo. É o que deriva da costumeira lição de que o tratamento desigual se justifica na medida exata da desigualdade combatida.

Considerando a redação do inciso XXXV, do artigo 5º, da CRFB (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), segundo a qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, quer dizer que o Estado-juiz uma vez instado, deverá fornecer uma resposta aquele que o provocou. Segundo Bueno (2012, p. 140):

Uma vez provocado, o Estado-juiz tem o dever de fornecer àquele que bateu às suas portas uma resposta mesmo que seja negativa no sentido de que não há direito nenhum a ser tutelado ou, bem menos do que isto, uma resposta que diga ao interessado que não há condições mínimas de saber se há, ou não, direito a ser tutelado, isto é, que não há condições mínimas de exercício da própria função jurisdicional.

Assim, caberá ao Estado fornecer aos jurisdicionados meios eficientes para que, quando tiverem seus direitos ameaçados ou lesados, requeiram tal prestação.

Sobre os meios de concretização da isonomia entre as partes, traz-se, como exemplo, o inciso LXXIV, do artigo 5º, da CRFB (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), o qual prescreve que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” e, no plano infraconstitucional, garante-se, efetivamente, aos necessitados as benesses da gratuidade da justiça, através da Lei nº 1.060 de 5 de fevereiro de 1950 (BRASIL). Os cidadãos englobados por essa Lei, são tratados de maneira diferente daqueles que não são pobres (na acepção jurídica do termo), no que diz respeito às custas processuais, tendo em vista que não conseguem arcar com esses valores, sem

prejuízo de seu sustento e de sua família. Consequentemente, o Estado os isenta como forma de assegurar-lhes o acesso à justiça e de equilibrar a situação dos litigantes (NEVES, 2014, p. 90).

Há que se informar aqui que a prestação da tutela jurisdicional por parte do Estado é serviço remunerado, sendo que somente aqueles que preenchem os requisitos previstos na mencionada Lei, serão isentados dessa verba (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 108). É o que consta do artigo 19, do CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973):

Art. 19. Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença.

§ 1º O pagamento de que trata este artigo será feito por ocasião de cada ato processual.

§ 2º Compete ao autor adiantar as despesas relativas a atos, cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público.

Por ocorrência de disposição em Lei, sempre que o litigante declarar sua hipossuficiência financeira (artigo 4º, *caput*, da Lei nº 1.060/90 – BRASIL. Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950), gozará dos benefícios concedidos nessa Lei, desse modo, estará isento da cobrança das custas, bem como das despesas processuais e, ainda, dos honorários advocatícios (artigo 3º, da referida Lei). Porém, sobrevindo melhoria em suas condições financeiras, em até cinco anos da publicação da sentença final, ficará obrigado a pagá-las. Passado esse prazo, a obrigação está prescrita (artigo 12, da mesma Lei).

Inclui-se, aqui, um adendo, a respeito da gratuidade da justiça no nCPC (BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.015, de 16 de março de 2015), de acordo com Dellore (2015) são importantes os seguintes destaques sobre as melhorias no instituto: haverá tratamento da justiça gratuita dentro do próprio Código (artigo 98 e seguintes), todavia a Lei nº 1.060/90 (BRASIL. Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950) não foi plenamente revogada, tão somente os artigos 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 11, 12 e 17 (artigo 1.072, do nCPC – BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.015, de 16 de março de 2015) o foram; além disso foi conferida ampla liberdade para o momento de se requerer a benesse (artigo 99); a impugnação à concessão será realizada nos próprios autos (inserida na contestação, réplica, contrarrazões ou simples petição); enumerou-se quais as despesas abrangidas pela gratuidade, no § 1º, do artigo 98, da referida Lei; consta a possibilidade de indeferimento do pleito, mas não poderá o magistrado fazê-lo plano, confere-se um contraditório para, após, decidir-se; inova-se prevendo que a parte representada por

advogado particular pode fazer *jus* à gratuidade da justiça; prevê os recursos para os casos específicos de indeferimento de justiça gratuita (artigo 101); por fim, mesmo diante da concessão da gratuidade da justiça, caso o beneficiário incorra em multas processuais, ela não obstará o seu dever de pagar.

Dellore (2015) aponta, contudo, alguns problemas do nCPC (BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.015, de 16 de março de 2015), dentre eles está o fato de não ter havido a indicação dos requisitos para o deferimento, informa-se, apenas, no artigo 98, que deve haver “insuficiência de recursos para pagar as custas, despesas processuais e honorários”, acaba o magistrado, a seu critério, deferindo ou não o pedido. Ademais, acrescentou que são inúmeras as dúvidas sobre a viabilidade da concessão da justiça gratuita parcial e do parcelamento das despesas (§§ 5º e 6º, do artigo 98, respectivamente), entre outros problemas.

Realizadas as considerações pertinentes acerca da gratuidade da justiça, importante elucidar o papel das Defensorias Públicas na garantia do amplo acesso à justiça. A CRFB (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), em seu artigo 134, entendeu que essa é uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, sendo de sua incumbência “a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal”.

Dito isso, é pertinente destacar que a criação desses mecanismos de isenção de custas, excepciona as imposições legais do Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973) relativas à condenação a essas despesas e garantem aos hipossuficientes amparo legal para que acessem a ordem jurídica de maneira justa.

Consta da base principiológica do atual CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973) o Princípio da Sucumbência, que diz respeito à condenação do vencido a pagar ao vencedor as despesas processuais – configuram despesas *lato sensu*, isso significa que englobam honorários, custas judiciais e despesas processuais propriamente ditas – que já tenha antecipado e os honorários advocatícios, ressalvadas as hipóteses de assistência judiciária gratuita. Trata-se de responsabilidade objetiva do vencido, tendo em vista que a sua fixação, independe do elemento volitivo (CÂMARA, 2012, p. 153).

Chiovenda (1998a, p. 242) justifica essa imposição, nos seguintes termos:

O fundamento dessa condenação é o fato *objetivo* da derrota; e a justificação desse instituto está em que a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva; por ser interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo de quem tem razão, e por ser, de outro turno, interesse do comércio jurídico que os direitos tenham um valor tanto quanto possível nítido e constante [...].

Bueno (2012, p. 553) salienta que tal responsabilidade decorre, precipuamente, do Princípio da Causalidade, o qual não considera a condenação às despesas e aos honorários como derivação obrigatória da derrota em juízo, mas sim de uma relação de causa e efeito. Isto porque, segundo a teoria da causalidade, consagrada pelo CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973), aquele que deu motivo à necessidade de ir a juízo, deve arcar com a referida verba, até mesmo nos casos em que não há julgamento de mérito. Esse sistema atribui o ônus financeiro àquele que, de modo direto ou indireto, fez a máquina judiciária se movimentar por sua própria causa, seja ele autor ou réu, vencedor ou vencido.

Por fim, quanto à sucumbência recíproca, caso em que autor e réu, serão vencedores e vencidos ao mesmo tempo, nessa situação reza o artigo 21, *caput*, do CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973), que preleciona: “se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas”, desse modo, serão divididas de acordo com a parcela que lhes cabe. Porém, tendo em recaído sobre parcela mínima, caberá a parte contrária arcar com todo o ônus (artigo 21, parágrafo único, do CPC – BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973) (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 111).

Quanto os custos processuais, ressaltas a hipótese de gratuidade da justiça, em que já se realizou as observações cabíveis anteriormente, não há grandes modificações no nCPC (BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.015, de 16 de março de 2015) que importem ao tratamento ao presente trabalho. Menciona-se, tão somente, o caso de fixação de novos honorários de advocatícios, em sede recursal, na forma do § 11, do artigo 85, da nova Lei.

### 2.3.5 A conciliação

É uma das funções do magistrado buscar, a qualquer tempo, a conciliação entre os envolvidos em demanda judicial (artigo 125, IV, do CPC – BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973). A transação, espécie de conciliação, se trata de negócio jurídico bilateral

firmado entre as partes, o qual visa prevenir ou encerrar uma lide, através de concessões mútuas (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 344).

Ressalta-se que a conciliação realizada em audiência, é, igualmente, uma transação, que se dá na forma dos artigos 447 a 449, do CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973):

Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento.

Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação.

Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo.

Art. 449. O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença.

Sobre a conciliação, Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p. 33):

Da *conciliação* já falava a Constituição Imperial brasileira, exigindo que fosse tentada antes de todo processo, como requisito para sua realização e julgamento da causa. [...] O Código de Processo Civil atribui ao juiz o dever de “tentar a qualquer tempo conciliar as partes” (art. 125, inc. IV) e em seu procedimento ordinário incluiu-se uma *audiência preliminar* (ou audiência de *conciliação*), na qual o juiz, tratando-se de causas versando [sobre] direitos disponíveis, tentará a solução conciliatória antes de definir os pontos controvertidos a serem provados. Tentará a conciliação, ainda, ao início da audiência de instrução e julgamento (arts. 447-448). A qualquer tempo poderá fazer comparecer as partes, inclusive para conciliá-las (art. 348). A *Lei dos Juizados Especiais* (lei n. 9.099, de 26.09.95) é particularmente voltada à conciliação como meio de solução de conflitos, dando a ela especial destaque ao instituir uma verdadeira *fase conciliatória* no procedimento que disciplina: só se passa à instrução e julgamento da causa se, após toda a tentativa, não tiver sido obtida a conciliação dos litigantes nem a instituição de juízo arbitral (v. 21-26).

Didier Júnior (2012, p. 590), por sua vez, salienta que há no artigo 269, do CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973) as hipóteses de extinção do processo com resolução do mérito, dos incisos II, III e V constam os casos que o término do processo ocorre por homologação, pelo togado, da autocomposição. São elas, respectivamente: “quando o réu reconhecer a procedência do pedido”; “quando as partes transigirem”; e “quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação”. Dessa maneira, estará o réu, no caso do inciso II, submetendo-se às alegações do autor, isto é, reconhecendo a procedência do pleito; do inciso III, as partes firmarão um negócio jurídico bilateral, que porá fim ou evitará o litígio; e por último, a renúncia, ato do autor, o qual reconhece não ter o direito sobre o qual se funda a demanda.

Existem duas formas de realização da conciliação, sobre elas cabe tecer comentários.

Há aquela firmada extrajudicialmente, em que as partes realizam um acordo sem a participação do magistrado – nessa não há que se falar em heterocomposição –, esse ajuste firmado entre os sujeitos da relação jurídica poderá ser submetido à chancela do Estado-juiz e valerá como título executivo judicial, isto é, tem o mesmo condão de uma sentença. Outrossim, pode-se falar em conciliação judicial, em tal situação a máquina judicial já foi acionada, então, a solução do conflito ocorrerá com ou sem a participação do juiz da causa, a ele caberá, igualmente, por fim ao processo, com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, III, do CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973) (BUENO, 2012, p. 53), conforme explicitado por Didier.

Além das características conciliatórias do atual CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973), abarcadas pelo nCPC (BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.015, de 16 de março de 2015), criou-se outros que favorecessem a resolução amigável do litígio. Didier Júnior (2015, p. 273) destaca que o Poder Legislativo vem estimulando as autocomposições, através da edição de inúmeras Leis, salienta, também, que o novo Código não foi diferente, pois ele:

a) dedica um capítulo inteiro para regular a mediação e a conciliação (arts. 165-175); b) estrutura o procedimento de modo a pôr a tentativa de autocomposição como ato anterior ao oferecimento da defesa pelo réu (arts. 334 e 695); c) permite a homologação de acordo extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, III; art. 725, VIII); d) permite que, no acordo judicial, seja incluída matéria estranha ao objeto litigioso do processo (art. 515, § 2º); e) permite acordos processuais (sobre o processo, não sobre o objeto do litígio) atípicos (art. 190).

Assim, em consonância com o que foi apontado no tópico sobre audiência preliminar (2.3.3), a audiência mediatória ou conciliatória do nCPC (BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.015, de 16 de março de 2015) traz inúmeras inovações, melhorando substancialmente o que se prevê no atual CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973).

Nota-se que quando da realização desta audiência, assim como no curso processual, a autocomposição deverá sempre ser buscada pelos envolvidos. Segundo o que preleciona, o § 3º, do artigo 3º, “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Além das modernizações trazidas pelo nCPC (BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.015, de 16 de março de 2015) supramencionadas, cabe ressaltar o fato de que com elas pretende-se perfectibilizar a cooperação no processo civil, sendo esse um de seus princípios, há que se falar que a conciliação ou mediação das partes, será mera consequência. Isso porque, adotando-se um modelo cooperativo, o respeito ao princípio da boa-fé, do devido processo legal e do contraditório serão alicerces desse novo modelo organizacional, pois nele as partes conduzirão a lide através de concessões recíprocas; o togado não estará em uma posição assimétrica e participará do diálogo processual (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 125-129). Trata-se do processo legal cooperativo, em que os sujeitos processuais trabalham conjuntamente para o saneamento das controvérsias materiais e processuais, isso, por si só, já contribui para a resolução amistosa do conflito.

Por fim, o presente trabalho, em conformidade com Neves (2014, p. 591), crê na importância do instituto da conciliação, visto que ela se dá autonomamente, pois concerne às partes realizar sacrifícios recíprocos no intuito de colocar fim ao litígio. Assim sendo, tal método de pacificação social cresce e ganha força, a cada dia, pois viabiliza maior justiça coexistencial, tendo em vista que a demanda é resolvida por conta e risco dos envolvidos, desprovida de quaisquer imposições pelo magistrado, esse último limita-se a homologação da solução por eles encontrada.

### 2.3.6 O sistema de precedentes

Foi através da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que se consagrou na CRFB (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), mais precisamente no artigo 103-A, a força vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, através da edição súmulas. Por meio desse instrumento, objetiva-se, cada vez mais, conferir valor normativo aos pronunciamentos dos Tribunais Superiores. Mais do que isso, trata-se da busca pela adaptação do ordenamento jurídico brasileiro às necessidades do mundo contemporâneo (BUENO, 2012, p. 111).

Segundo Didier Júnior, Braga e Oliveira (2013, p. 438) concebeu-se, primeiramente, nos países de tradição anglo-saxônica, regido pelo *common law*, a teoria dos precedentes judiciais. Todavia, não há como negar a sua constante nos países de tradição romano-germânica, onde reina a *civil law*, como é o caso do Brasil. Há, contudo,



que se informar, que a distinção entre um e outro, vislumbra-se pelo grau de autoridade nesse ou naquele sistema, que no casso *common law*, há irrestrita adoção, pois tem eficácia normativa.

Do atual Código de Processo Civil (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973), tímido quando no que diz respeito ao sistema de precedentes, constam alguns dispositivos que visam conferir aos jurisdicionados maior segurança jurídica ao proporem determinada demanda, são eles os artigos 557; 481, parágrafo único, parte final; 543-B e 543-C e, ainda, de forma mais ampla nos artigos 741, parágrafo único e 475-L, § 1º, do atual Código (WAMBIER, 2010).

Pertinente, aqui, colacionar a definição da perspectiva brasileira de formação e aplicação dos precedentes para que, posteriormente, acarretem a edição de Súmulas Vinculantes, as quais orientarão os novos casos submetidos a apreciação judicial. Dessa maneira, nas palavras dos autores:

No Brasil, o sistema de precedentes tem um aspecto curioso: à luz das circunstâncias específicas envolvidas na causa, interpretam-se os textos legais (*lato sensu*), identificando a norma geral do caso concreto, isto é, a *ratio decidendi*, que constitui o elemento mais importante do precedente.

Um precedente, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que, se predominar em tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula da jurisprudência deste tribunal.

Assim, a súmula é o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente.

Há, pois uma evolução: precedente → jurisprudência → súmula.

O enunciado da súmula deve reproduzir a *ratio decidendi* que está sendo reiteradamente aplicada. Dá-se forma escrita e sintética a uma norma jurídica construída jurisdicionalmente. (DIDIER JÚNIOR; BRAGA e OLIVEIRA, 2013, p. 450).

Consequentemente, a jurisprudência torna-se fonte do direito, pois o togado realizará não só o enquadramento constitucional do litígio, como também aplicará a ele a legislação que lhe cabe. Nessa ocasião, concretizará a sua atuação, de modo que confira fundamento e validade a norma jurídica concebida para o respectivo caso concreto, caracterizando-a como uma verdadeira fonte (DIDIER JÚNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2013, p. 439).

Os precedentes foram classificados em persuasivos, obstativos da revisão de decisões e vinculantes. Cabe, aqui, tecer algumas observações sobre essa tipificação. Primeiramente, em se tratando do **a) precedente vinculante** ou, também chamado de obrigatório, é aquele em que *ratio decidendi* inserido no fundamento do *decisum* possui força vinculante, no ordenamento jurídico brasileiro, eles são subclassificados em **a1)**

precedentes reiterados, os quais ensejam a publicação de súmulas vinculantes, versam sobre matéria constitucional e recebem respaldo do artigo 103-A, da CFRB (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988). Eles vinculam, inclusive, o Supremo Tribunal Federal que os editou, além de todos os órgãos que compõem a administração direta e a indireta, em todas as suas esferas. Não há que se falar engessamento, pois é viável sua revisão, nos termos da Lei (*caput* do artigo 103-A); **a2)** àqueles que vinculam o próprio tribunal, formados pelas decisões reiteradas dos mesmos; **a3)** os decorrentes do controle difuso realizado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, vinculam a próprio Corte, bem como todos os órgãos jurisdicionais do país, essa é a tese é propagada pelo Supremo; **a4)** e os prescritos no artigo 543-B e 543-C, do CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973), que fixam tese para os recursos especiais e extraordinários repetitivos (DIDIER JÚNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2013, p. 443) (grifo meu).

Sucessivamente, acerca dos **b) precedentes obstativos**, esses visam impedir a apreciação de recursos ou a remessa necessária por determinado órgão que já firmou entendimento contrário ao que se pretende no feito. Trata-se de um desdobramento do efeito vinculante, pois, nesses casos, o legislador outorga ao magistrado o poder de negar seguimento aos recursos ou dispensar a remessa necessária, a qual esteja em desacordo com súmula ou jurisprudência – precedentes judiciais – do Tribunal. Há uma obrigatoriedade do juízo de realizar tal admissibilidade. A exemplo estão os artigos 475, § 3º; 518, § 1º; 544, § 4º e 557, todos do CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973) (DIDIER JÚNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2013, p. 444) (grifo meu).

Por fim, sobre o **c) precedente persuasivo**, o qual não tem força vinculante, isto é, os togados não estão, de nenhum modo, obrigados a segui-lo. Se o seguem, é pelo convencimento de sua correção. Há que se apontar algumas situações em que o próprio legislador confere a ele autoridade, de modo que isso possa interferir em demandas posteriores, é o caso da **c1)** situação disposta no artigo 285-A, do CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973), o qual preleciona que “quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”, eis a situação na qual ao juiz caberá o julgamento liminar; já em se tratando de **c2)** admissão da instauração de incidente de uniformização de jurisprudência por conta da existência de divergência entre precedentes do próprio tribunal ou nos demais casos previstos nos artigos 476 a 479, do

CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973); e, por fim, àquele que viabiliza a admissão da interposição de recursos objetivando uniformizar a jurisprudência com base em precedentes judiciais, tratam-se dos embargos de divergência (artigo 546, do CPC – BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973) e, também, do recurso especial fundado em divergência, previsto no artigo 105, III, “c”, da CRFB (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988). (DIDIER JÚNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2013, p. 445) (grifo meu).

Nota-se que o atual CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973) prevê, portanto, três tipos de efeitos jurídicos que um precedente poderá ter, (vinculante/obrigatório; obstativo de revisão de decisões; e persuasivo). Não obstante, a incorporação desses efeitos, com a promulgação do nCPC (BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.015, de 16 de março de 2015), dentre as inovações trazidas pela nova Lei, está a ampliação e a concessão de maior força aos precedentes<sup>19</sup>, os quais podem deter, além das mencionadas características, a eficácia autorizante, bem como a eficácia rescindente e deseficazante, além da eficácia que permite a revisão da coisa julgada (DIDIER JÚNIOR; BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 454).

A extensão dos efeitos dos precedentes decorre, principalmente, da prescrição no artigo 926, *caput*, do nCPC (BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.015, de 16 de março de 2015), da obrigatoriedade dos tribunais uniformizarem sua jurisprudência, mantendo-a “estável, íntegra e coerente”. Tal dever, segundo Didier Júnior, Braga e Oliveira (2015, p. 474), faz com que se pressuponha que serão solucionadas quaisquer divergências internas sobre determinada questão jurídica. Isso ocorrerá, nos termos dos §§ 1º e 2º, do artigo 926, “na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante”; e, também, “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

Em se tratando da estabilidade jurisprudencial, ela é, também, dever dos tribunais, dessa maneira, eventuais alterações de posicionamento, deverão ser aferidas, bem como

19 O artigo 927, do nCPC (BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.015, de 16 de março de 2015), sobre os precedentes, determina que “os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

justificadas adequadamente, sempre visando conferir segurança jurídica aos jurisdicionados (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 474).

Cabe o destaque para o dispositivo que prevê a ampla publicidade dos precedentes dos tribunais, na forma do §5º, do artigo 927, do nCPC (BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.015, de 16 de março de 2015), que preleciona: “os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”.

Acrescenta-se que no nCPC (BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.015, de 16 de março de 2015) os precedentes obrigatórios constam do artigo 927, da referida Lei, os juízes e tribunais os reconhecerão independentemente de provocação, conquanto é obrigatória a oitiva das partes (artigo 10, do nCPC). Ademais, acrescenta-se que é omissa a decisão judicial que deixe de observá-los (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 455-456).

Sobre os precedentes de eficácia persuasiva, de acordo com o que já foi mencionado, eles não vinculam nenhum juiz ou tribunal. São as hipóteses “em que a existência de precedentes em sentido diverso é utilizada como mecanismo de convencimento e persuasão do julgador no sentido de reformar sua decisão e adotar aquele outro entendimento” (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 457).

Já, quanto aos precedentes com eficácia obstativa, aponta-se os casos previstos dos artigos 496, § 4º<sup>20</sup>; 332<sup>21</sup>; 932, IV<sup>22</sup>; 1.040, I<sup>23</sup>, todos do nCPC (BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.015, de 16 de março de 2015).

20 É o artigo 496: “Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: [...] § 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em: I - súmula de tribunal superior; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa”.

21 É o artigo 332: “Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. [...]”.

22 É o artigo 932: “Incumbe ao relator: [...] IV - negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. [...]”.

23 É o artigo 1.040: Publicado o acórdão paradigma: I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior. [...]”.

Para finalizar, faz-se resumida abordagem sobre os aspectos inovatórios concernentes aos efeitos dos precedentes.

Primeiramente, menciona-se os de eficácia autorizante, vislumbra-se essa característica quando eles repercutem no acolhimento de postulações ou na admissão de recursos. Há, também, os que possuem eficácia rescindente ou deseficacizante, eles têm aptidão para rescindir ou retirar a eficácia de uma sentença ou acórdão já transitados em julgado, devendo o precedente do STF ser anterior a decisão, pois, sendo posterior, dependerá de ação rescisória. Por fim, o precedente que permite revisão da coisa julgada, ocorre em nos casos de relação jurídica sucessiva e encontra respaldo no inciso I, do artigo 505, do nCPC (BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.015, de 16 de março de 2015) (DIDIER JÚNIOR, BRAGA e OLIVERIA, 2015, p. 458-460), o qual preleciona:

Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo:  
I – se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;  
[...].

Isto posto, assevera-se que a incorporação solidificada dos precedentes no ordenamento jurídico pátrio, pretende conferir, precipuamente, segurança jurídica e igualdade à comunidade jurídica, de modo que o magistrado aja em conformidade com o Direito consagrado. A relevância da observância dos precedentes será melhor abordada no tópico 3.1.6, do presente trabalho, destacando-se, principalmente, o viés econômico atrelado ao tema.

### 3 ANÁLISE ECONÔMICA DO PROCESSO BRASILEIRO: INSTITUTOS DE PROCESSO CIVIL

Realizadas as considerações fundamentais sobre a Análise Econômica do Direito (Capítulo 1) e, igualmente, sobre o Processo e os temas jurídico-econômicos que o alimentam (Capítulo 2). Agora, neste terceiro momento, realizar-se-á uma abordagem da análise econômica do processo judicial civil, levando em conta a racionalidade dos indivíduos integrantes da lide, bem como o impacto dos dispositivos processuais em suas escolhas.

A análise econômica do processo judicial, chamada de teoria econômica da litigância por Arenhart (2009, p. 44-45), pode ser entendida, segundo esse autor, como a utilização e aplicação do instrumental teórico e analítico da *LaE* ao processo judicial. E, também, como a forma de observação empírica das normas substantivas e procedimentais, por meio da elaboração de diagnósticos e prognósticos dos efeitos (incentivos) que elas produzirão na conduta dos indivíduos.

O processo foi eleito pelo ordenamento pátrio (conforme demonstrado no Tópico 2.2) como o instrumento pelo qual o Estado Democrático de Direito atende às finalidades públicas, verifica-se, assim, que o agir processualmente confere validade aos atos emanados pelo Estado.

Para Baggenstoss (2014, p. 3), embora a concepção doutrinária seja a de que a relação jurídica processual apresenta-se linearmente, como uma sequência de atos concatenados, que configuram, por si só, a prestação da atividade jurisdicional. Sob o prisma da Análise Econômica do Direito, o processo judicial é a síntese das preferências dos indivíduos, as quais resultam do grande número de escolhas realizadas durante o curso da lide. Aqui, não se pretende negar a linearidade, apenas enfatizar que, a medida que os atos processuais são perfectibilizados, simultaneamente, ocorrem, por parte dos integrantes da demanda, escolhas, pautadas por preferências. É por conta da disposição desse arranjo, que se compara o processo a uma árvore de decisões.

Há, aqui, que se complementar dizendo que a Teoria Econômica do Processo Judicial “aplica a economia aos aspectos *processuais* das disputas civis. Os aspectos processuais tratam do processo do momento desde que a reivindicação é apresentada até a resolução da disputa” (COOTER e ULEN, 2010, p. 403).

É inegável que o indivíduo age imbuído de racionalidade, conforme já

demonstrado, conseqüentemente, diante da lide, tal comportamento não se dá de outro modo. A AED visualiza individualmente essa ponderação custo-benefício e, a partir disso, consegue prever tendências e probabilidades de escolhas, diante das mesmas situações. Assim, observando-se um conjunto de decisões individuais, compreende-se as escolhas da massa. (PATRÍCIO, 2005, p. 13-14).

Em se tratando do manejo de ação judicial ou realização de um acordo, essa ponderação é perceptível, considerando que o possível demandante fará uma avaliação, ainda que imperfeita, dos custos e dos benefícios envolvidos na decisão (PATRÍCIO, 2005, p. 14).

Constata-se que a aplicação da Análise Econômica ao processo judicial parte da apresentação de uma norma ou padrão jurídico que se aplica ao caso concreto em tela; após, descreve-se as possíveis condutas decorrentes dessa norma e formula-se uma prognose do comportamento dos envolvidos no litígio, pretendendo-se, assim, alcançar a eficiência da norma e ganho de qualidade na atuação judicial (DIAS, 2009, p. 25).

Cabe ressaltar que a decisão pelo ingresso de uma demanda judicial implica custos às partes, se estas agem pautadas pelo que lhe é mais vantajoso ou útil, buscarão a satisfação de seus interesses do modo mais eficiente possível – é nesse momento que optarão por um acordo ou pelo ingresso da demanda judicial.

Igualmente ao que se propõe Patrício (2005, p. 9-10), o presente Trabalho não pretende esgotar a análise dos temas do direito processual civil, mas sim demonstrar que a finalidade dessa abordagem econômica é clarificar alguns aspectos considerados relevantes pela *LaE*.

Assim, avaliar-se-á os motivos econômicos que ensejam demandas judiciais; analisar-se-á as vantagens e desvantagens da escolha pela litigância ou pela conciliação; e, ainda, avaliar-se-á as garantias de amplo acesso à justiça, entre outras proposições.

### **3.1 ANÁLISE DOS TEMAS JURÍDICO-ECONÔMICOS SOB A ÓTICA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

#### **3.1.1 Análise econômica das *astreintes***

Conforme fielmente demonstrado no tópico 2.3.1 do capítulo 2, as sanções

pecuniárias, utilizadas pelos juízes, destinam-se a pressionar, psicológica e patrimonialmente, o réu, para que cumpra da obrigação definida no comando judicial. Dias (2009, p. 28) preferiu chamá-las de técnicas de dissuasão, pois tais instrumentos têm o escopo de inibir a ocorrência de certos ilícitos processuais.

Desta forma, na busca pela preservação dos direitos que estão sob risco de violação, quando do exercício da atividade jurisdicional, o magistrado “deve agir de modo a conceber em cada situação concreta um efeito econômico que constitua um incentivo capaz de levar à correção da conduta lesiva”. (DIAS, 2009, p. 28).

Esse é o sentido da multa prevista no artigo 461, do Código de Processo Civil (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973), que, observado sob a perspectiva econômica, tem condão de impor àqueles que descumprem a tutela específica ou deixam de assegurar o resultado prático, das obrigações de fazer ou não fazer, multa diária (§ 4º) ou multa por atraso no cumprimento (§ 5º).

De acordo Pinheiro e Saddi (2005, p. 31-32) a obrigação, na maior parte dos casos, será mais rapidamente executada quanto maior for o valor da multa que incidirá por seu descumprimento. Assim, as cláusulas acordadas serão cumpridas, se o adimplemento desta trouxer maiores benefícios ao réu do que o seu inadimplemento. Fala-se, aqui, mais uma vez, de custo de oportunidade.

Dias (2009, p. 32-33) ressalta a importância da execução imediata da multa que trata esse dispositivo, ele, assim como Neves (2014) crê no fato de que somente quando ela é simultânea ao descumprimento, é possível observar o efeito dissuasório para o qual foi criada.

Neves (2014, p. 1091) também destaca a relevância de se permitir a execução provisória do montante pecuniário arbitrado em sede de *astreintes*, pois considera, na formulação de sua justificativa, a ineficiência habitual da prestação jurisdicional, a qual, na maior parte das vezes, demora longos anos para ser efetivada, violando, diuturnamente, o princípio da celeridade processual. Por consequência disso, salienta que a exigência da multa não pode aguardar o trânsito em julgado da sentença, mesmo que se ponha em choque os critérios de efetividade e de segurança jurídica. Nesses casos, deve prevalecer o primeiro princípio, tendo em vista que, frustrada a obrigação, não há razão para aguardar tal momento processual para que a sua exigência torne-se eficaz, pois esperar pela coisa julgada material desvirtua totalmente o caráter coercitivo da multa.

Por fim, o autor esclarece que sobrevivendo decisão declarando que a multa não era exigível àquele tempo, caberá ao prejudicado mover ação de repetição de indébito



(NEVES, 2014, p. 1092).

Dias (2009, p. 34) entende que a permissão para execução imediata das *astreintes* não quer significar a incorporação direta ao patrimônio do exequente, já que, basta o depósito judicial pelo executado da verba devida, para que se configure a imediatidade. Assim, atendendo o fim a que se destina, não haverá incentivos aos comportamentos indesejados, como aconteceria no da postergação de sua aplicação.

Ato contínuo, pertinente a análise dos julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre esse tema, dos quais permite-se notar como a multa coercitiva constante no artigo 461, do Código de Processo Civil (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973) é recepcionada pelo ordenamento pátrio, principalmente, no que diz respeito ao seu § 6º.

Dos julgados mais recentes dessa Corte, extrai-se:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NO BOJO DE DEMANDA DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – **APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA NA HIPÓTESE DE DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER - REDUÇÃO DO VALOR** - OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU DO AGRAVO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA DOS AGRAVADOS.

1. Alegada ausência de prequestionamento. Inocorrência. "O STJ admite o prequestionamento implícito nas hipóteses em que os pontos debatidos no Recurso Especial foram decididos no acórdão recorrido, sem explícita indicação dos artigos de lei que fundamentam a decisão." REsp 1345910/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 31/10/2012.

2. É lícito ao magistrado, conforme autorizado pelo § 6º do artigo 461 do CPC, a requerimento da parte ou de ofício, **modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva**. Correta a redução da multa diária (*astreintes*), fixada na instância ordinária em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), para a "abstenção de bloqueio, retirada, débito ou qualquer outra medida que implique retenção de valores das contas bancárias de titularidade das recuperandas". Valor desproporcional e que não se coaduna com o quantum total da obrigação principal de aproximadamente R\$ 76.000,00 (setenta e seis mil reais).

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 1236579/MT, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 14/05/2015). (grifo nosso).<sup>24</sup>

Do teor do acórdão:

[...] em situações excepcionais, a jurisprudência desta Corte admite a redução da multa cominatória, tanto para se atender ao princípio da proporcionalidade quanto para se evitar o enriquecimento ilícito.

No caso particular dos autos, a multa foi imposta em razão de descumprimento reiterado de determinação judicial de devolução de valores, bem

<sup>24</sup> Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=47687262&num\\_registro=200901867900&data=20150514&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=47687262&num_registro=200901867900&data=20150514&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 15 jun. 2015.

como de ordem de "não bloqueio" em hipótese de recuperação judicial decretada. Todavia o arbitramento em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), mostrava-se excessivo, pois a obrigação principal é de aproximadamente R\$ 76.000,00 (setenta e seis mil reais). É de se concluir, portanto, que não foram observados o princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade, salientando-se que o valor poderia gerar o enriquecimento ilícito da parte recorrida. [...].<sup>25</sup>

No mesmo sentido, a ementa:

PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NA SENTENÇA. RESTABELECIMENTO DE MULTA COMINATÓRIA NOS MESMOS TERMOS DE DECISÃO ANTERIOR CASSADA EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. POSSIBILIDADE. OBRIGAÇÃO DE FAZER. **MULTA DIÁRIA. DESPROPORCIONALIDADE. REDUÇÃO.**

1. Não desrespeita a autoridade de decisão do Tribunal ad quem a sentença que, com base em novos fundamentos, restabelece tutela antecipada cassada em agravo de instrumento.

2. **A multa cominatória aplicada com fundamento no art. 461 do CPC pode ser revista com a finalidade de ajustá-la aos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, sem que tal procedimento implique ofensa à coisa julgada.**

3. Eventual recalcitrância da parte no cumprimento de obrigação de fazer não tem o condão de agravar a penalidade que lhe foi imposta a título de astreintes. Tal conduta é pressuposto lógico necessário da aplicação da multa, que não incidiria se motivo justo houvesse para o não cumprimento da ordem judicial.

4. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1419262/BA, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 17/04/2015). (grifo nosso).<sup>26</sup>

Nesse acórdão, a relatora, a Ministra Nancy Andrigli, foi vencida, e, em seu voto, emanou relevantes argumentos, que seguem:

09. Em suma, **"a astreinte não é um fim em si mesma, mas funciona como mecanismo de indução – mediante pressão financeira –, a compelir o devedor ao cumprimento da obrigação e da própria ordem judicial emanada"** (Resp nº 1.185.260/GO, minha relatoria, 3ª Turma, DJe 11/11/2010).

10. Por isso, seu valor, conforme afirma o professor Eduardo Talamini, deve atingir um "montante tal que concretamente influa no comportamento do demandado – o que, diante das circunstâncias do caso (a situação econômica do réu, sua capacidade de resistência, vantagens por ele carreadas com o descumprimento, outros valores não patrimoniais eventualmente envolvidos etc.), pode resultar em *quantum* que supere aquele que se atribui ao bem jurídico visado" (Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa. São Paulo: RT, 2003, p. 248/254).

11. Ainda, segundo importante registro do Min. Sidnei Beneti, lançado por ocasião do julgamento do REsp nº 940.309/MT (3ª Turma, DJe de 25/05/2010):

"[...] a multa não podia olvidar a força econômica do devedor, para limitar-se à singeleza do valor. **Se o devedor, dotado de notório poder econômico-financeiro houvesse cumprido de pronto a obrigação de fazer, não teria a**

25 Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=46659600&num\\_registro=200901867900&data=20150514&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=46659600&num_registro=200901867900&data=20150514&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 15 jun. 2015.

26 Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=46510604&num\\_registro=201300385105&data=20150417&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=46510604&num_registro=201300385105&data=20150417&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 15 jun. 2015.

**multa por pagar – multa que só se torna meio efetivo de coerção, em se tratando de devedor de acentuada posse, no caso de ser realmente de valor elevado,** porque, caso contrário, ficaria a seu critério satisfazer a obrigação ou pagar multa ínfima para a própria força econômica, nulificando-se, portanto, a coerção indireta e passando a zombar da cominação.  
[...].<sup>27</sup>

Assim, da análise dos julgados do STJ, nota-se que, na maior parte dos recursos que objetivam a minoração da multa fixada a título de *astreintes*, há acolhimento do pedido por esse Tribunal. O caso referido, em que a Ministra Nancy foi vencida, é mais uma demonstração, de que é, praticamente, unânime o entendimento pela redução da verba, sob o argumento de que se mostra excessiva, mesmo nos casos em que o réu dispõe de patrimônio para adimpli-la.

Dias (2009, p. 37-38) salienta a importância da análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tendo que em vista que ele orienta os demais Tribunais do país. Acrescenta-se que, tão importante quanto segui-lo, é vislumbrá-lo conforme os parâmetros de eficiência. Isso, pois, informa o autor, impressiona o desconhecimento do efeito dissuasório da aplicação da verba pecuniária do artigo 461, do CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973), diante de tantos acórdãos prolatados que reduzem tal valor.

Cooter e Ulen (2010, p. 452-453) apontam que, a cada dia, mais dinheiro é despendido para impugnar leis ineficientes – é o caso do aludido artigo que dá ao juiz a liberalidade de fixar multa por descumprimento da obrigação ou por atraso e, depois, confere aos demais a possibilidade de minorá-la, mesmo diante do descumprimento de um comando judicial. Isso ocorre porque, normalmente, a parte que mais valoriza um direito jurídico (ou a qual tem seu patrimônio consideravelmente afetado pela imposição das *astreintes*), não deixará de pagar os custos da impugnação, tendo que vista há alta probabilidade de alteração do *decisum*, pois fundamentado em uma Lei carente de eficiência. E, além disso, há que se considerar que serão contratados advogados mais experientes, os argumentos serão melhores elaborados, o que ensejará no provável acolhimento do recurso pelo Tribunal – assim como nos julgamentos acima colacionados.

Dessa maneira, além da execução provisória raramente acontecer, há, também, a minoração, por parte dos Tribunais Superiores, do valor aplicado a título de multa. Assim, retira-se, de vez, o caráter dissuasório do referido instituto e os togados acabam por

<sup>27</sup> Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33141353&num\\_registro=201300385105&data=20150417&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33141353&num_registro=201300385105&data=20150417&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 15 jun. 2015.

estimular a propagação das condutas lesivas aos seus próprios comandos, visto que não existe quaisquer desincentivos aos agentes em portarem-se de outro modo, isto é, a cumprirem, de pronto, a obrigação. (DIAS, 2009, p. 41).

### 3.1.2 Análise econômica da multa por ato atentatório à dignidade da jurisdição, por violação do dever de parte e por litigância de má-fé

Foi demonstrado no Tópico 2.3.2, do Capítulo 2, deste Trabalho os deveres das partes que compõem o litígio, bem como as eventuais sanções que serão cominadas em caso de violação desses preceitos. Nesse momento, pretende-se examinar esses institutos sob a perspectiva econômica.

Sobre os princípios que devem nortear a atuação das partes, Bueno (2012, p. 99-100) salienta que o processo é um jogo, tendo em vista que coloca frente a frente pessoas com interesses claramente opostos, as quais cooperarão, até os limites que tal cooperação as beneficie. Não há como se atribuir a essas circunstâncias características pacíficas, pois nesse ambiente elas exaltam todos os seus ânimos, já que a justiça que interessa a um polo, ao outro pouco interessa.

Diante de tudo isso, para que se tenha um processo sadio, os deveres de lealdade processual e boa-fé processual deverão ser cumpridos e, havendo violação dos mesmos, pertinente será a incidência das respectivas sanções. Deverá, também existir uma linha de equilíbrio entre os deveres éticos e a ampla defesa dos interesses correspondentes às partes (BUENO, 2012, p. 100).

De início, Dias (2009, p. 44) assinala que situações que caracterizam a litigância de má-fé inseridas no artigo 17, do atual CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973), servem de norte ao julgador para, conjuntamente, ao artigo 14, da mesma Lei, demonstrar a quebra dos deveres pelos litigantes. Justifica, ainda, que a utilização de conceitos vagos para definir essas posturas, serve para dar margem de atuação ao togado, e, jamais, para obstar a configuração da conduta atentatória à dignidade da jurisdição.

Apropriado, neste momento, abordar sobre quais parâmetros se darão a fixação dessas multas, assim, nos termos do que prescreve o parágrafo único, do artigo 14, em caso de violação de seu inciso V, ela será determinada “de acordo com a gravidade da conduta e não [será] superior a vinte por cento do valor da causa”. E, da mesma forma, o

artigo 18, “[...] condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa [...]”, ambos do CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973). A partir da observação desses dispositivos, pode-se inferir que o arbitramento da multa pelo magistrado ocorrerá em consonância com o valor da causa.

Certo que o legislador não obteve sucesso ao limitar a condenação aos atos atentatórios ao exercício da jurisdição e à litigância de má-fé ao valor atribuído, pelas partes, à causa, porquanto, muitas vezes, esses montantes são irrisórios. Essa também é a postura dos doutrinadores Tereza e Luiz Wambier (2002, p. 31) *apud* Braga (2004, p. 16):

A fixação do valor da multa tendo como parâmetro o valor da causa não parece ter sido a melhor opção, pois há inúmeras causas de valor inestimável a que se dá valor de certo modo simbólico, apenas para fins de cálculo do pagamento das custas processuais e para fins de alçada. Teria agido melhor o legislador se tivesse permitido ao juiz o arbitramento de valor capaz de efetivamente servir de “punição” pela criação de embaraço ao cumprimento dos provimentos judiciais referidos no novo texto.

Frisa-se que o teto da multa está baseado no valor conferido à causa, o que retira do magistrado qualquer possibilidade de majoração alicerçada Lei. Assim, quando a imposição da multa não surtir os efeitos que destina, isto é, coibir a parte a agir de acordo com os ditames do artigo 14, do CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973), o togado não terá discricionariedade para alterá-la.

Ademais, os envolvidos em uma demanda judicial disputam e requerem o mesmo resultado em sentença, que é o julgamento da lide em seu favor, mesmo que de maneiras opostas. Destarte, realizarão as melhores escolhas, imbuídos de autointeresse, de modo a concretizar o seu objetivo final. Aqui, mesmo que a lei determine que as partes ajam com lealdade e boa-fé processual, é indiscutível que elas maximizarão suas escolhas, na expectativa de, tão logo, alcançar o seu propósito final – procedência ou improcedência da ação, dependendo do polo que componha o indivíduo (DIAS, 2009, p. 46).

Nessa decisão por desobedecer ou não os comandos legais, o que, por consequência, incidirá em uma multa. Os litigantes considerarão o ganho imediato com a violação, a magnitude da sanção e a recorrência de sua aplicação<sup>28</sup>. Ressalta-se que os agentes racionais somente descumprirão os deveres concernentes às partes ou praticarão atos eivados de má-fé, se as vantagens auferidas nessa transgressão (ganho

<sup>28</sup> “O **ganho imediato** que uma parte pode obter com a adoção de um comportamento indesejado deve ser estabelecido por meio da verificação do momento processual em que viria a ser obrigada a tal. [...] A **magnitude da sanção**, no sistema brasileiro, é fixada em Lei, no caso, no Código de Processo Civil. [...] A **recorrência da aplicação**, por sua vez, leva em consideração a análise retrospectiva da jurisprudência e o risco de eventuais reorientações”. (grifo nosso). (DIAS, 2009, p. 47).

imediatos) superarem a sanção correspondente a sua violação (DIAS, 2009, p. 46-47).

Aqui a fórmula correspondente a análise racional dos possíveis infratores: “GI (ganho imediato) > MS (magnitude da sanção). RA (recorrência da aplicação) = DESCUMPRIMENTO” (DIAS, 2009, p. 47).

Assim, exemplificando: supondo-se que tenha havido reconhecimento extrajudicial voluntário da dívida por B, mas, buscando evitar o pagamento imediato do valor de 100 mil reais, ele decide opor-se. Essa conduta, supostamente, será enquadrada na hipótese do artigo 17, do CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973), que versa sobre oposição de resistência injustificada, e incidiria o pagamento de multa por litigância de má-fé (artigo 18, CPC – BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973). Observando o artigo 18, como já explanado, nota-se que essa condenação não excederá um por cento do valor da causa – ou seja, mil reais. Outrossim, o seu pagamento será diferido, devendo, tão somente, ser adimplido ao final da demanda, em caso de ser B vencido. Deste modo, considerando que o custo imediato em não resistir à ação é o pagamento de 100 mil reais; e o de resistir é zero. O demandado, agindo racionalmente, oporá resistência justificada (DIAS, 2009, p. 48).

Prossegue-se no exemplo, supondo-se que a multa fixada seja exigível desde sua cominação e num montante de até 50% do valor da causa. A situação assim se daria: não resistir: 100 mil; resistir: 50 mil. Embora ainda inferior ao custo imediato, o risco em incorrer em tal penalidade foi agravado, de modo que sobrevivendo eventual condenação, essa ficará em 150 mil. O que, por si só, gera um desestímulo à resistência (DIAS, 2009, p. 48).

Mais ainda, sendo a multa de exigência imediata e arbitrada em até 100% do ganho imediato, não há nenhum estímulo à violação do comando legal, pois não resistir custaria 100 mil reais e não resistir 100 mil reais. Ocorrendo condenação, a verba devida seria de 200 mil reais (DIAS, 2009, p. 49).

O que Dias (2009, p. 49-50) pretende esclarecer é que o litigante racional não imporá resistência, na eventualidade de seus argumentos não serem considerados, porque pouco convincentes ou meramente protelatórios.

Dessarte, vale a generalização de que as sanções previstas no parágrafo único, do artigo 14, no artigo 18, bem como aquelas que tratam dos atos atentatórios à dignidade da justiça, em sede de execução, contidas no artigo 601, todos do Código de Processo Civil (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973), chamadas de *contempt of court* à brasileira (SARNO, 2004, p.1), apenas se prestarão a inviabilizar o desrespeito às

condutas do artigo 14, do CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973), a ocorrência das condutas de litigância de má-fé (artigo 17, do CPC – BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973) e prática das infrações do artigo 600, do CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973), pelo executado, se sanção contida naqueles dispositivos for de tal monta, que prejudique total ou parcialmente o ganho imediato do infrator, além de agravar consideravelmente o custo final da lide.

Araken de Assis (2004, p. 13) ressalta que as sanções previstas nos aludidos dispositivos de Lei são inócuas quando imputadas aos litigantes desprovidos de patrimônio, pois não há como eles responderem pelas respectivas multas cominadas em seu desfavor, e, portanto, não há desestímulo a não infringirem os comandos legais. Destaca, igualmente, que a legislação pátria é carente de um tipo penal que coíba as condutas que afrontam a dignidade da justiça.

Vale informar que em alguns ordenamentos estrangeiros há prisão por descumprimento das determinações emanadas pelo juiz, o desobediente é preso e, segundo Assis (2004, p. 14), “o preso guarda no próprio bolso a chave para sair do cárcere, bastando [para que saia dali] adotar o comportamento prescrito pelo juiz”.

Porém,

[...] vozes do mais alto merecimento, e de vários quadrantes, rejeitam a prisão. De acordo com processualista da velha geração, cuida-se de “remédio heroico, só aplicável em casos extremos, porque violento e vexatório”. Esta ideia retrata o espírito de outra época, que se almeja banir nos tempos atuais. As armas do órgão judiciário brasileiro perante as atitudes desafiadoras das partes e outros figurantes do processo se cingem à aplicação de multas. Sanções dessa natureza não abalam alguém desprovido de patrimônio. Às vezes, como acontece no *contempt* civil, é o direito da parte, revestindo relevante interesse, que sofre fatal consequência na hipótese de desrespeito à ordem judicial. Dependerá a generalização da prisão, no caso de descumprimento ou de resistência à autoridade do juiz, do eventual (e difícil) consenso em torno dos pressupostos ideológicos da medida. De toda sorte, naqueles casos permitidos no art. 5.º, LXVII, da CF/88, há prisão por dívida: a natureza das prestações que a autorizam não deixa a menor dúvida. (ASSIS, 2004, p. 15).

No mesmo sentido, Dias (2009, p. 41-42) sustenta que essa medida reforçaria a autoridade do Estado, bem como preveniria possíveis lesões decorrentes de seu descumprimento. Ademais, argumenta que essas violações devem ser “combatidas com meios e instrumentos adequados e proporcionais, o que certamente não pode resultar na abstenção judicial em dar efetividade a sua própria decisão”.

Dando sequência à análise da litigância de má-fé, outro ponto que deve ser considerado, nos moldes do que foi anteriormente apontado, é a recorrência da aplicação

da multa pelo Superior Tribunal de Justiça, porque mais do que imposição da condenação, é fundamental que haja reiteradas decisões que acolham essa condenação, isto é, que confirmem efetividade a esse dispositivo de Lei.

Realizando pesquisa jurisprudencial no *site* do STJ, igualmente ao que foi demonstrado por Dias (2009, p. 50), não há que se falar, pelo menos nos dez últimos acórdãos analisados<sup>29</sup>, em reiterada supressão, naquela instância, da condenação por litigância de má-fé. Pelo contrário, dessas dez decisões, cronologicamente apresentadas, em apenas uma a condenação foi revertida. Pode-se, assim, mais uma vez, generalizar, a fim de concluir que a taxa de recorrência é de noventa por cento.

Mas, nesse momento, pertinente fazer a ressalta de que ao Superior Tribunal de Justiça não cabe realizar a análise da situação que ensejou a aplicação da multa, devido à existência da Súmula nº 7, do referido Tribunal que veda o reexame fático-probatório, em sede de Recurso Especial, conforme exposto nos acórdãos referenciados. Desse modo, há razão para que a taxa de recorrência alcance o patamar de noventa por cento dos casos averiguados.

Diante do exposto, pode-se afirmar que a multas previstas no CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973) àqueles que descumprem os deveres de parte, agem eivados de má-fé ou praticam atos atentatórios à dignidade da jurisdição, não servem para coagi-los a não violarem os comandos legais, isso porque, ao analisarem o ganho imediato em incorrer nessas condutas, verificarão que as vantagens superam as perdas. Enfim, no intuito de que as violações sejam desestimuladas, necessária a revisão dos dispositivos processuais que tratam do tema, de modo que os custos imediatos com a resistência superem o patamar hoje positivado – de um a vinte por cento do valor da causa –, bem como seja eleito um modo para atingir os litigantes que não dispõe de patrimônio para arcar com eventual condenação. Além disso, necessário que se conceba

---

<sup>29</sup> Decisões que mantiveram a condenação: 1. AgRg no AREsp 156.973/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 13/05/2015; 2. AgRg no AREsp 79.862/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 04/05/2015; 3. RHC 53.461/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 07/05/2015; 4. AgRg no AREsp 121.111/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 11/03/2015; 5. AgRg no REsp 1367686/SC, Rel. Ministra MARGA TESSLER (JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DO TRF 4ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 11/03/2015; 6. AgRg no REsp 1425212/MS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 05/03/2015; 7. EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 150.939/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/02/2015, DJe 19/02/2015; 8. AgRg no AREsp 452.712/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 10/02/2015, DJe 27/02/2015; 9. AgRg no AREsp 426.707/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/02/2015, DJe 10/02/2015. Decisão que reverteu a condenação a condenação: 1.EDcl no AgRg no AREsp 532.563/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 10/02/2015, DJe 23/02/2015.



uma jurisprudência unânime e amplamente aplicada pelos Tribunais *a quo*, que não alterem as condenações, pois isso acaba por autorizar o descumprimento desses dispositivos (DIAS, 2009, p. 51-52).

### 3.1.3 Análise econômica da audiência preliminar

Quanto a audiência preliminar detalhada ao Tópico 2.3.3, inicialmente, já cabe pontuar que é fundamental a sua realização, mesmo diante da crença, por muitos doutrinadores, da sua dispensabilidade, quando da verificação da impossibilidade de firmar acordo entre as partes. Em conformidade com o que foi anteriormente abordado, o presente trabalho crê na relevância da perfectibilização da audiência preliminar, como forma de, nesse momento, ocorrer intercâmbio informacional entre os litigantes, possibilitando um eventual acordo.

A tomada de decisões em um ambiente de incertezas é comum em um contexto mercadológico, pois, dificilmente, as partes envolvidas em uma barganha, disporão de todas as informações necessárias que as coloque em um mesmo patamar. Esse desequilíbrio se dá por conta da assimetria informacional, o que, muitas vezes, impedirá a troca, fazendo com que o mercado não funcione de forma eficiente (COOTER e ULEN, 2010, p. 64-65).

Tal situação pode ser vislumbrada no processo judicial, onde os litigantes dispõem de diferente conjunto de provas, que, dependendo de sua magnitude, poderão ou não ensejar a realização de uma transação. Pode-se afirmar que a sentença estará alicerçada nessas provas, as quais serão disponibilizadas ao juízo para averiguação e formação de seu convencimento (DIAS, 2009, p. 53).

Ressalta-se que existem duas formas de produção probatória: a do direito norte-americano, em que serão demonstradas previamente à instauração do processo judicial, onde as partes deduzirão os seus argumentos básicos e as provas que lhes dão respaldo, tal troca de informações ocorre sem a presença do togado. E a que diz respeito ao modelo europeu, onde a revelação ocorre já diante do juiz, na primeira fase processual o autor apresenta suas provas e o demandado responde-as, e não há contato prévio das partes (COOTER e ULEN, 2010, p. 422).

A última forma assemelha-se ao direito processual brasileiro, porquanto os envolvidos no litígio só obtém conhecimento das provas levantadas pelo adversário após

o manejo da ação (DIAS, 2009, p. 54).

Consoante Galdino (2005, p. 180) o intercâmbio de informações entre os diferentes polos de uma demanda, pode se dar obrigatoriamente ou voluntariamente. O ordenamento jurídico pátrio abarca as duas situações, primeiro quando obriga que uma das partes deverá exibir um documento em juízo (artigo 355, CPC – BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973); ou quando faculta o depoimento, no caso do artigo 347, inciso I, do CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973). Frisa-se que ambos os casos ocorrem em juízo, pois a Lei não obriga nem prevê a faculdade de um contato prévio das partes, salvo nos casos de procedimento específico, há exemplo:

Somente em algumas oportunidades a Lei brasileira determina que as partes façam contato prévio – por exemplo, em se tratando de determinados créditos, com o fito de o credor constituir em mora o devedor (por todos, Decreto-Lei 911/69, art. 2º, § 2º e art. 3º), o que, no mais, acontece através da citação válida (CPC, art. 219), isto é, após a instauração do processo. Essa exigência aparentemente formalista possui significação econômica expressiva. Na verdade, a fim de constituir o devedor em mora, o credor se vê adstrito a enviar carta ao devedor em que apresenta a sua pretensão pecuniária – antes de ingressar em juízo. Essa carta deverá indicar o valor que o credor acredita devido e a fórmula de cálculo empregada pelo mesmo. (GALDINO, 2005, p. 180-181).

Importante informar, que no caso descrito, o credor é, de certo modo, prejudicado pela imposição legal, isso porque deve fornecer ao devedor as informações que dispõem, enquanto o credor fica desinformado acerca das pretensões do citado, conseqüentemente, acaba por lançar gratuitamente as provas que possui, no intuito de iniciar a *actio*.

Machado e Dias (2014, p. 398) sustentam que quanto mais informadas as partes sobre o litígio que estão envolvidas ou na iminência de envolverem-se, no que concerne aos dados que servirão para construção das expectativas recíprocas em relação ao sucesso da demanda, ou ao insucesso, maior será a probabilidade de acordo. Informam, também, que muitos países, tais como os Estados Unidos, movem esforços para evitar as demandas judiciais, priorizando a resolução extrajudicial do conflito, através da criação de estratégias processuais e materiais que permitirão maior simetria entre as partes, por meio do compartilhamento de informações. Segundo Dias (2009, p. 54), “a razão econômica que justifica a exposição das provas em momento prévio ao judicial é supor-se que, sendo o agente racional, a escolha de propor ou resistir a uma demanda está fundada na informação que detém”.

No Brasil, tal possibilidade ocorreria se a audiência preliminar, do artigo 331, do

CPC (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973), atendesse sua finalidade (MACHADO e DIAS, 2014, p. 398). Isso porque essa audiência, insere-se no segundo momento do litígio, no qual não estão contidas as atividades de produção de provas, as quais foram postergadas para fase de instrução e julgamento (terceiro momento processual). Há que se informar que não se trata de aversão à conciliação ou à troca de informações pelas partes, que possibilitariam o acordo, mas sim de ineficiência da jurisdição em proporcionar aos litigantes essa correção e estimular a negociação (DIAS, 2009, p. 57).

Consoante Dias (2009, p. 58) se, quando da realização da audiência preliminar, fosse viabilizado um momento para demonstração de suas estratégias processuais, de modo que trocassem essas informações, as partes vislumbrariam a possibilidade ou não da procedência de seus pleitos. E, dependendo das suas constatações, a transação ou, até mesmo, a desistência da ação ocorreria, isso proporcionaria litigantes economias nos custos privados e, também, não geraria externalidades negativas à sociedade, pois a pouparia de arcar os custos sociais<sup>30</sup> ocasionados pelo prosseguimento do litígio.

A audiência preliminar além de não promover a troca voluntária de informações, acarreta, também, inviabilidade da realização de troca de más informações (aquelas que beneficiam a parte que a detém e prejudicam a parte contrária em relação ao sucesso do feito), as quais estimulariam a realização de acordos, pois diminuem as expectativas das partes em relação ao sucesso da demanda em seu favor. Outrossim, obsta o intercâmbio das boas informações (aquelas que prejudicam a parte que a detém e beneficiam a parte contrária), pois elevam o valor estimado da demanda e, portanto, estimulam que ela seja levada até o julgamento por aquele que se beneficia da revelação. Embora o intercâmbio de má informação favoreça ligeiramente aquele que a revelou, ele, ao dar ciência a parte contrária da existência desta prova, estimulará a composição. Havendo acordo, gerará a redução dos custos administrativos que envolvem um litígio, bem como dos custos sociais (PATRÍCIO, 2005, p. 58-59).

Há uma tendência por parte dos componentes do litígio de guardarem as boas informações, pois sua revelação aumentará as expectativas de obtenção de êxito na

---

30 “Os custos sociais [...] estão representados tanto pelos custos administrativos de um processo como também pelos custos do erro judicial. [...] Tradicionalmente os custos administrativos são representados pelos dispêndios que a sociedade deve fazer para garantir a existência de um sistema de resolução de conflitos. [...] Como todo e qualquer uso desnecessário, o acionamento do aparelho judicial para solver demandas que não existiriam se as partes estivessem devidamente informadas significa um desperdício de recursos. [...] Nesse exato sentido, o sistema de resolução de conflitos quando, acionado indevidamente, gera uma despesa que será socializada por meio da distribuição a toda sociedade em função do regime fiscal”. (DIAS, 2009, p. 55).

demanda da parte contrária, desse modo, sempre será menos vantajoso que venha a revelar (PATRÍCIO, 2005, p. 59).

Observando os prejuízos resultantes da não realização ou má realização da audiência preliminar, pode-se atestar que as estruturas processuais existentes em nosso sistema, não permitem a planificação das partes quanto as suas expectativas em relação ao feito e fazem com que elas mantenham as informações privadas, o que tolhe a possibilidade de formação de um quadro real do futuro da demanda (DIAS, 2009, p. 58).

Quanto à fixação dos pontos controvertidos, etapa que integra a tripla destinação da audiência preliminar, trata-se da estruturação, por parte do juiz da causa, do mapa probatório.

O problema já inicia no fato de que o togado, nesse momento processual, é a parte que menos detém informações acerca do conteúdo das provas, e caberá a ele a fixação das controvérsias a serem discutidas em posterior audiência de instrução e julgamento. Além disso, essa fixação não é vinculativa, podendo as partes guardarem o que desejam para que apresentem, tão somente, neste terceiro momento (audiência de instrução e julgamento). Ocorre que os magistrados raramente apresentam-se como os protagonistas na fixação desses pontos, dessa maneira, os litigantes acabam por conduzir a formação da futura instrução, conforme seus interesses privados, inviabilizando, definitivamente, a composição (DIAS, 2009, p. 60).

Observando-se tal procedimento, nota-se o papel ineficiente do juiz no exercício de suas atribuições quando da audiência preliminar. Isso leva ao questionamento do porquê da realização de uma audiência pública com debate oral (?). Se, sua finalidade, é para fixação dos pontos controvertidos e determinação dos meios de prova, diante da livre interação que é facultada aos litigantes, deveria ser possível antecipar o resultado da demanda, de modo a viabilizar a transação. Porém, isso não ocorre, a mera fixação e determinação das provas, veementemente, não enseja a troca informações que viabilize o acordo (DIAS, 2009, p. 60-61).

Ao final, pode-se afirmar que se o objetivo do legislador ao inserir a audiência preliminar como meio para realização de um intercâmbio de informações privadas, as quais colocariam os partícipes do litígio, de certo modo, em um mesmo patamar, considerando que tornaria mais real o valor esperado da demanda, ela é claramente ineficiente, pois não se presta a esse propósito.

Isso só será possível quando operar a preclusão para a fixação dos pontos controvertidos, ou seja, o que ficar determinado na audiência preliminar, vincularia as

provas a serem apresentadas, em momento posterior, na audiência de instrução e julgamento. Assim, não estariam as partes estimuladas a guardarem suas informações privadas, visto que a não exposição implicaria a perda dessa faculdade processual, em virtude do não-exercício no momento cabível (DIAS, 2009, p. 62).

Nessa linha, Maia Filho (2004, p. 133) ao citar Marinoni, quanto à fixação dos pontos controvertidos:

Alguns autores renomados entendem que o momento da fixação dos pontos controvertidos, na audiência preliminar, é único e irrepetível no curso do processo, de modo que se fecha, pelo instituto da preclusão, a oportunidade processual da sua prática, como explana, o Prof. LUIZ GUILHERME MARINONI, afirmando que, se assim não fosse, *de nada adiantaria estabelecer um momento para fixação dos pontos controvertidos* (Manual do Processo de Conhecimento, RT, 2001, p. 272).

Frisa-se, porquanto, que Maia Filho (2004, p. 133-134) não se filia a essa posição, para ele é imprescindível a sanidade do processo que admita a fixação posterior, pois a vedação dessa possibilidade caracterizaria cerceamento de defesa. Além disso, sustenta que viabilizar tal perda de exercícios pelos integrantes da lide, acabaria por inviabilizar a busca pela verdade real.

O presente trabalho não só crê na importância da operação da preclusão em relação a delimitação desses pontos, como se alicerça no entendimento de que a revelação prévia pelas partes do conteúdo de suas provas é fundamental para dar previsibilidade ao resultado do julgamento, possibilitando a correção desse ambiente de incertezas.

Como explana Dias (2009, p. 62), haveria, verdadeiramente, uma troca entre os litigantes, que poderiam prever o desfecho da lide, viabilizando a perfectibilização de acordos. Ademais, tornaria simétrico esse cenário com estímulos às transações ou, ainda, à desistência de demandas fadadas ao insucesso. Atender-se-ia o princípio da razoável duração do processo, e minimizar-se-iam os erros judiciais, porque haveria partilha prévia das informações, de maneira que o resultado estaria mais próximo ao pugnado pelas partes.

#### 3.1.4 Análise econômica dos custos do processo

O atual Código de Processo Civil (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973) dispõe, do artigo 19 ao 35, sobre as despesas e as multas processuais, pois, conforme já

demonstrado no tópico 2.3.4 a prestação jurisdicional é serviço remunerado.

Garante-se aos cidadãos, na CFRB (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), o amplo acesso à justiça, de modo que, querendo, deduzirão suas pretensões em juízo, a fim de que o Estado-juiz, obrigatoriamente, aprecie-as, pois, segundo a Carta, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (inciso XXXV, do artigo 5º). Eis o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Assim sendo, para a perfectibilização desse preceito àqueles que não dispõem de capacidade financeira, o Estado, mais uma vez, garanta-lhes o direito a isenção dos custos judiciais.

Para Dias (2009, p. 63) a cobrança de taxas judiciais configura um óbice ao amplo acesso à justiça, e, mesmo que aos estudiosos dos direitos fundamentais essa reflexão não interesse, da *Law and Economics* ela merecerá atenção.

Cooter e Ulen (2010, p. 440) prestam-se a realizar a diferenciação entre o sistema americano e o existente na Grã-Bretanha sobre condenação ao pagamento das custas. Ao questionarem-se sobre o porquê de o perdedor arcar com todas as custas inerentes ao processo, demonstram a diferença entre esses sistemas e apontam algumas especificidades. Os autores salientam que os britânicos se filiam dessa concepção e, nesses países, menos disputas chegam às mãos dos juízes; já nos Estados Unidos, em que cada litigante arca com suas despesas, mais lides vão a julgamento. Dessa maneira, tomando como norte essas duas normas processuais – a que o perdedor paga tudo e a que cada um paga as suas custas – analisaram os efeitos dos incentivos ligados a elas e pontuaram que outras práticas da justiça britânica ou da norte-americana devem, também, influenciar nos índices de julgamento de ambos os países, não somente essas.

Tomando em conta os casos judiciais de imperícia médica, onde a sentença (S) é resultado da probabilidade de responsabilidade civil (Prc) multiplicada pela indenização (I), desta forma:  $S = Prc \cdot I$ . Numa sentença em que o autor espera perder com 90% e ganhar com 10% de chance, o valor esperado, se ganhar, é de dez milhões, tendo a sentença (S), então:  $S = 10/100 \cdot 10.000.000 = 1.000.000,00$  (um milhão). Na regra americana cada um arcará com o seu custo, sendo vencedor ou vencido. Na inglesa, o autor arcará com tudo com a probabilidade de 90% e não arcará com nada com a probabilidade de 10%. Generalizando, pode-se afirmar que a regra de que o perdedor arca com todos os custos judiciais desencoraja o litigante que tem grandes chances de perder (COOTER e ULEN, 2010, p. 440).

Em se tratando dos casos em que as partes estão otimistas em relação ao

julgamento em seu favor, no exemplo: o autor crê que tem a chance de 60% de êxito e o réu acredita que essa chance é, apenas, de 40%. Consequentemente, a possibilidade de acordo nessa demanda ficará, praticamente, inviabilizada. Outrossim, a regra do perdedor paga tudo piora o otimismo de cada litigante, isso porque o demandante fixou em 60% de chance de sucesso; e o réu em 60% de insucesso do autor e, somente, 40% de sucesso. Assim, os dois litigantes esperam não pagar nada – quando da regra de o perdedor paga tudo – num patamar de 60%. Na regra de cada um paga o seu, ambos esperam ser responsabilizados em 100% do valor das custas. No exemplo, “quando a probabilidade do tribunal decidir por responsabilidade civil não é baixa, a regra de 'perdedor paga tudo' geralmente encoraja os julgamentos causados por falso otimismo”. (COOTER e ULLEN, 2010, p. 440).

Assim, ao realizar essas constatações, há que se informar que o sistema brasileiro iguala-se ao britânico, na forma de atribuição de custas. Porém, não há unanimidade sobre qual desses sistemas, realmente, mostra-se mais eficiente. Posner chama o sistema britânico, de sistema de indenização, e, sobre o tema, aponta:

[...] O problema é que e a indenização internaliza em certo sentido um custo externo, porém em outro sentido cria um custo. Sobre a regra estadunidense, cada parte externaliza o custo de litigação da outra parte. Sobre a regra inglesa e continental, cada parte externaliza seu próprio custo de litigação, porque se ganhar transferirá este custo a outra parte. Isto poderia levá-lo a gastar em excesso sob o ponto de vista social. A fim de controlar essa externalidade, os tribunais outorgam somente honorários de advogado razoáveis em juízo de indenização [até 20% do valor da causa, no Brasil]. Os tribunais tratam de calcular em um mercado de serviços legais que opere sem externalidades. Isto cria problemas difíceis. A existência e o custo da litigação de indenização satélite tornam muito incertos que ela diminua a quantidade e os custos da litigação simplesmente por obrigar que a cada parte a internalize o custo da litigação da outra parte.(tradução nossa)<sup>31</sup>

Sobre a sistemática atual, de que o perdedor internaliza os custos da demanda, consoante L. A. Becker (2012, p. 92):

[...] uma visão exclusivamente econômica e simplista obrigaria a uma alteração,

31 “El problema es que la indemnización internaliza en cierto sentido un costo externo, pero en otro sentido crea un costo. Bajo la regla estadounidense, cada parte externaliza el costo de litigación de la otra parte. Bajo la regla inglesa y continental, cada parte externaliza su propio costo de litigación, porque si gana trasladará este costo a la otra parte. Esto podría llevarlo a gastar en exceso desde un punto de vista social. A fin de controlar esta externalidad, los tribunales otorgan sólo un honorario de abogado *razonable* em un juicio de indemnización. Los tribunales tratan de calcular en un mercado de servicios legales que opere sin externalidades. Esto plantea problemas difíciles. La existencia y los costos de la litigación de indemnización satélite vuelven muy incierto que la indemnización disminuya la cantidad y los costos de a litigación simplemente al obligar a cada parte a internalizar el costo de litigación de la otra parte”. (POSNER, 2009, p. 888-889).

pois o vencedor também fruiu do serviço do judiciário – e, a rigor, foi quem mais se beneficiou dele. Entretanto, é preciso lembrar que, regra geral, o litigante vencedor só teve de recorrer ao serviço judiciário porque o litigante perdedor o obrigou a isso, seja por descumprir uma obrigação, seja por violar um direito, seja por ajuizar uma demanda sem ter razão, etc. Se a obrigação fosse adimplida espontaneamente, se o direito não fosse violado, se a ação não fosse indevidamente ajuizada contra si, o litigante vencedor, compelido pelo monopólio da jurisdição e pela proibição da autotutela, não teria recorrido ao Judiciário, seja para ajuizar uma ação, seja para se defender de outra.

Nessas circunstâncias, cobrar as custas do litigante vencedor significaria 'penalizá-lo' [...] pelo uso de um serviço quase foi obrigado a acessar. Na realidade, embora o serviço judiciário seja prestado a ambos os litigantes e beneficie diretamente o litigante vencedor, quem deu causa à demanda, em última análise foi o litigante derrotado. Ademais, já está superada, no direito tributário, a 'teoria do benefício', de modo que atualmente é irrelevante a existência de vantagem para o contribuinte da taxa.

Assim, do ponto de vista econômico e também do jurídico, é preciso manter o litigante derrotado como sujeito passivo da taxa 'custas'. [...].

Feitas as observações, sob o ponto de vista da AED, o sujeito racional somente ingressará com a demanda se em seu cálculo de perspectivas de resultado, esse superar os custos de ingresso, que lhe serão atribuídos, em caso de se sair perdedor (artigo 20, do CPC – BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973) ou de responder proporcionalmente (artigo 22, do CPC – BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973). Dias (2009, p. 65) faz a ressalva, segundo a qual, em algumas ocasiões os agentes se equivocarão em suas expectativas, todavia, destaca que quanto aos custos inerentes ao ingresso de uma ação raramente ocorrerão equívocos, pois, normalmente, há clareza quanto ao valor a ser despendido ao submeter a sua pretensão ao Poder Judiciário em vez de transacionar.

Consequentemente, quando as expectativas superarem os custos do processo, a demanda será manejada. Porém, quando esses custos superarem as expectativas, o demandante dotado de racionalidade, evidentemente não proporá a *actio* (DIAS, 2009, p. 65).

Patrício (2005, p. 86-87) aponta duas ocasiões em que a regra inglesa – adotada pelo Brasil – representará claro incentivo à litigância: nos casos de excesso de confiança por parte do autor ação; e, também, quando ambos litigantes estiverem confiantes, isso inviabilizará o acordo, e, também, implicará no excesso de litigância. Segundo o autor, esse efeito pode ser atenuado por duas vias: aquela referente ao funcionamento dos precedentes (conforme será visto no tópico 3.1.6); ou pela aversão ao risco por parte dos litigantes.

Importante frisar que tanto a regra americana quanto a inglesa possuem custos equivalentes, mas àquelas possui custos *ex ante* superiores ao dessa. A aversão ao risco



está presente da regra inglesa, pois é evidente e preestabelecidos que o perdedor marchará com as despesas processuais. O demandante que incorre nessa aversão, acaba por não processar e arcar com os custos sociais inerentes, ou processar e realizar um acordo. Trata-se, aqui, daquele falso acordo que é realizado por conta da repulsa ao sistema britânico ou aversão ao risco de ser condenado (PATRÍCIO, 2005, p. 90-91).

Ou o litigante não é averso aos riscos, assim, avançará e processará; ou acordará, de modo que dite as regras (PATRÍCIO, 2005, p. 91).

A aversão aos riscos pode vir atrelada a capacidade financeira do litigante, assim, demandantes ricos não alteram seu comportamento na regra inglesa; os menos abastados arriscariam menos; já os pobres arriscariam mais – considerando que no caso brasileiro eles estão isentos das custas; os infratores ricos não alterariam seu comportamento; os infratores menos abastados estariam mais inclinados a firmar acordos; já os infratores pobres, igualmente, estariam mais suscetíveis a arriscar, devido à crença no sistema judicial e na legitimidade do processo (PATRÍCIO, 2005, p. 91).

Aqui, na linha do presente trabalho, sugere-se que a disposição ou aversão ao risco também pode vir atrelada ao valor da causa, isto é, quanto maior for o valor da causa, mais estimulado estará o litigante a arriscar. Contudo, quanto menor o valor da causa mais estimulado estará o autor ou o réu a negociar, a fim de maximizar seus interesses e, também, não arriscar.

Por fim, deduz-se a seguinte assertiva: “regra inglesa promove mais litígios e menos acordos”. Todavia, a aversão ao risco por parte do queixoso pode, em parte, alterar tal premissa, sendo para eles preferível assegurar certamente 1 do que possivelmente 2. Quando há pouca aversão, há também muito otimismo – mesmo existindo situações que esse otimismo não retrata a realidade condizente aos julgamentos dos Tribunais, muitas vezes por conta de motivações equivocadas para prosseguirem até o julgamento (PATRÍCIO, 2005, p. 93).

Realizadas tais ponderações, tem-se que falar das demandas que por terem baixa chance de êxito são chamadas de frívolas, nessa situação os custos com o manejo, fariam com que o litigante racional não ingressasse com a ação. Embora essa deva ser a regra, o cotidiano judicial demonstra que assim não o é. Ocorre que muitas ações são praticadas, ainda que fadadas ao insucesso (DIAS, 2009, p. 66).

Mesmo que movidos por sentimentos como a raiva, o rancor, a vingança, entre outros, sob o ponto de vista de AED, ainda assim, não há que se falar em irracionalidade, pois diante desses incentivos, agem maximizando seus interesses, portanto,

racionalmente (DIAS, 2009, p. 66).

Nesta ocasião, não restam dúvidas de que os custos envolvidos na apresentação servirão como óbice ao ingresso de demandas destinadas ao infortúnio, pois:

Quanto maior for o custo para a apresentação da demanda, menor será a motivação do agente para apresentar uma demanda com baixa probabilidade êxito; por outro lado, quanto menor o custo de apresentação, maior será o estímulo para a apresentação de tal modalidade de pretensões. (DIAS, 2009, p. 66).

Desse modo, se as custas processuais forem tais que inibam o ingresso por aquele que não tem expectativa de vitória, servirão ao propósito a que deveriam se destinar. Assim, ou o agente racional arca com tais despesas ou desiste.

A importância da constituição deste filtro é a de que será menos uma lide destituída de interesse social para ser amontoada às inúmeras outras existentes junto às unidades de Justiça. E, também, de que a propositura de ações inúteis geram externalidades negativas, as quais impactam diretamente nos bolsos do contribuinte, tendo em vista que movimentam a máquina judiciária, sem qualquer benefício social (DIAS, 2009, p. 67).

Para Patrício (2005, p. 90) não há dúvida de que tanto na regra americana como na inglesa, havendo redução dos custos processuais referentes ao ingresso e ao trâmite de uma demanda, mais serão estimulados os litígios, ocasionando maior sobrecarga de processos judiciais, bem como o ingresso com demandas frívolas, pois o temor pela condenação aos custos judiciários diminuirá, a medida que esses valores forem reduzidos.

Isso posto, levando em conta que o Poder Judiciário está obrigado a analisar todas as lides que lhe são atribuídas (princípio da inafastabilidade da justiça e do acesso à justiça), não há sequer um filtro que exclua as demandas que geram tal deficit. Consequentemente, “o grau de eficiência desse incentivo, contudo, é diretamente proporcional à importância econômica que essas custas representam do ponto de vista da causa disputada”. (DIAS, 2009, p. 67).

Assim, o aumento nos custos judiciais importará num desestímulo a litigância frívola. Porquanto, configurará também um desestímulo a todo tipo de lide, acarretando obstrução ao amplo acesso à justiça e, igualmente, uma inconstitucionalidade da lei que fixar esses valores exorbitantes. Mas não há como negar que um ambiente onde as despesas são baixas, as perspectivas de sucesso serão positivas, acarretando o aumento do número de ações (DIAS, 2009, p. 68).

Portanto, é evidente que o nosso sistema de atribuição de custos presta-se a tal óbice, por condenar o vencido aos valores referentes as despesas processuais e aos honorários advocatícios (artigo 20, do CPC – BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973) da ação que deu causa. Outrossim, é claro que a elevação desses valores a um patamar discricionário e desligado das condições financeiras da população ensejará violação aos princípios constitucionais acima referidos. Contudo, em conformidade com Dias (2009, p. 70-71), é fundamental que se crie um modo de “penalizar” aquele que ingressa com demanda veementemente fadada ao fracasso, esse litigante merece que seu desserviço seja sobretaxado, no intuito de sanar as despesas que os contribuintes incorreram, bem com elidir atitudes como essa. Também é importante que a fixação dessa taxa não seja faculdade do juiz, mas dever, não dando ao magistrado o poder de reduzir seus valores, pois, mais uma vez, acabarão por retirar a impositividade de suas determinações devido a pouca recorrência de aplicação, assim como nos casos de multa e condenação por litigância de má-fé, estimulando o ingresso de demandas frívolas.

### 3.1.5 Análise econômica da conciliação

O ordenamento jurídico brasileiro prevê a possibilidade das partes integrantes de uma lide transacionarem extrajudicialmente, submetendo esse acordo à homologação pelo magistrado; ou, em audiência, sendo reduzida a termo e homologada pelo juiz, ambos os casos constituirão título executivo judicial.

Considerando que a transação é resultado de uma opção do agente racional diante da árvore de escolhas que representa a lide, há que se demonstrar o porquê dessa decisão ser feita, deixando de lado o manejo de demanda judicial ou, até mesmo, depois do ingresso, pondo fim ao processo, por meio de um acordo.

Qualquer caminho escolhido implicará custos às partes, considerando que elas agem pautadas pelo que lhe é mais vantajoso ou útil, buscarão a satisfação de seus interesses do modo mais eficiente possível – é nesse momento que optarão por um acordo ou pela apresentação da demanda judicial.

Assim, como bem salientam Machado e Dias (2014, p. 392), o autor da demanda calculará a expectativa de ganho pecuniário e a percentagem de sucesso da demanda, desse valor subtrairá os custos envolvidos com o manejo, sendo eles as taxas judiciárias, honorários advocatícios, despesas processuais, entre outros. Tal modelo de crenças

exógenas se funda no seguinte percepção: se os envolvidos em um litígio estão inclinados a requerer essa prestação estatal, é porque “suas expectativas de resultado foram ponderadas pelos custos do processo e pela avaliação da probabilidade de vitória” (DIAS, 2009, p. 86).

De pronto, informa-se que, não obstante fosse desejável a inclusão, na eventual condenação não se insere os custos sociais concernentes à utilização do aparelhamento judiciário, desde a distribuição até julgamento final da lide (DIAS, 2009, p. 65).

Baggenstoss (2014, p. 7) demonstra que “tais fatores oferecem o que se denomina valor esperado da demanda (VED), calculado a partir do produto entre o valor envolvido (B) e a chance de êxito (V), reduzidos os custos sociais do processo (CS). Assim, tem-se  $VED = (B \times V) - CS$ ”. Portanto, resultando em um valor positivo, o litigante provavelmente submeterá a demanda à apreciação judicial. Caso contrário, não haverá ajuizamento.

Há, contudo, os agentes que mesmo diante de expectativas negativas tendentes ao insucesso, ingressam com demandas frívolas, conforme anteriormente tratado, elas decorrem de assimetrias informacionais; de percepções distintas acerca do resultado; da possibilidade do litigante frívolo iniciá-la com um custo reduzido e crer que ganhará algo em acordo; da possibilidade de erros judiciais, etc (PATRÍCIO, 2005, p. 65).

Dias (2009, p. 86) pontua que quando a resolução do conflito é levada ao Poder Judiciário para pacificação, presume-se que, da análise do caso pelos envolvidos, foi constatada a inviabilidade do acordo extrajudicial. E, assim, atribui-se ao Estado-juiz o encargo de lhe conferir jurisdição.

Furtando-se dessas alegações, observa-se que as expectativas, as quais tornam a motivação do agente positiva ou negativa, estarão consubstanciadas em diversos fatores, entre eles estudo de julgados sobre o tema, simetria das informações detidas nas provas, literatura, etc.

Cooter e Ulen (2010, p. 406) assinalam que os custos sociais (CS) provocados por uma demanda são relevantes e auxiliam na análise das regras e das práticas processuais. Os instrumentos utilizados pelo Poder Judiciário implicam despesas que correspondem aos custos administrativos (Ca) da disputa jurídica. Já a aplicação do direito substantivo ocasiona erros, os quais refletem, diretamente, nos incentivos e impõem custos aos cidadãos. Assim, os custos sociais da demanda são representados pela soma dos custos administrativos e dos erros judiciais.

Aqui entra a importância da realização de um acordo extrajudicial ou, até mesmo, judicial, pois é economicamente eficiente que as partes transacionem. Primeiro porque

desonerarão a sociedade dos custos administrativos não englobados no pagamento das taxas judiciárias e honorários advocatícios. Segundo que, considerando que o resultado do acordo é igual ao resultado da sentença que seria prolatada pelo Juiz, os custos dos erros do acordo (se existentes) serão também iguais ao do julgamento, todavia, os custos administrativos do acordo serão muito inferiores ao do julgamento (COOTER e ULEN, 2010, p. 406).

Conforme demonstrado no tópico 3.1.3, o juiz é, quase sempre, a parte menos informada do litígio, dessa maneira, ao aplicar o direito substantivo sem estar ciente de todas as informações que o deixariam perfeitamente orientado acaba por incorrer em erros. Logo, produz uma decisão real ( $j$ ) defronte a uma decisão perfeita ( $j^*$ ) – a qual reproduziria fielmente um dano sofrido pelo que busca a indenização. Assim, o tamanho do erro será representado por uma Sentença =  $j^* - j$  (COOTER e ULEN, 2010, p. 406).

Ressalva-se que os erros judiciários nem sempre correspondem aos custos sociais, pois os custos sociais desse erro, em algumas ocasiões, distorcem incentivos. Basta notar os casos de indenização, que resultam em uma decisão real imperfeita em relação aos verdadeiros encargos sofridos pela parte, esse tipo de sentença poderá incentivar o infrator a não realizar prevenções, porque reiteradamente beneficiado pelos erros. Sendo assim, gerará um custo social imensurável (COOTER e ULEN, 2010, p. 406).

Por conta disso, a transação apresenta-se, na maior parte das vezes, como a melhor alternativa conferida aos envolvidos em termos de produção de um acordo onde, realmente, estejam representadas as reais expectativas das partes. Nesse sentido,

[...] quando as partes estão simetricamente informadas a tendência é uma negociação mais próxima da compensação ideal, considerando a ponderação das expectativas de ambas as partes. De outro lado, quanto mais assimétrica a informação, maior é a tendência de que a parte que detém os melhores dados consiga alcançar seu interesse. O compartilhamento de informações, por isso, é um fato importante não tanto para análise da possibilidade de concretização da transação, mas para verificar o quanto esse mesmo ajuste se aproxima dos valores cogitados por ambas as partes envolvidas. (MACHADO e DIAS, 2014, p. 398)

É importante apontar que o presente exame analítico do cálculo das expectativas revela-se imperfeito, pois presume que as partes estejam simetricamente informadas sobre os custos sociais da demanda, bem como da probabilidade de êxito/derrota, o que, realmente, não é rotina (DIAS, 2009, p. 87).

Posner (2007, p. 860) frisa que não é necessário recorrer às questões psicológicas

para aferir o porquê de os litigantes mostrarem-se avessos ou dispostos ao acordo, isso se explica através da análise do motivo do pessimismo mútuo – o qual torna mais provável a realização da transação – ou do otimismo mútuo - o qual torna menos viável. O pessimismo e o otimismo decorrem, fundamentalmente, do quanto de informação privada que as partes detêm.

Dias (2009, p. 88) vislumbra o modelo de informação assimétrica como sendo aquele que melhor retrata a situação dos litigantes, tendo em vista que considera que um dos polos da lide pode deter mais informações que o outro, sendo, visivelmente, beneficiado. Nesse caso, a parte menos informada definirá sua proposta, conforme com a postura da parte contrária frente a demanda.

Desse modo, destaca Patrício (2005, p. 54) que o valor  $x$  representa a oferta realizada pelo queixoso ao infrator. Supondo-se que o demandado já sabe que, de algum modo, será condenado, esse viabiliza a negociação. Quanto maior o valor  $x$ , maior será o benefício auferido pelo autor, de modo a maximizar seu interesse; e, inversamente, quanto maior  $x$ , menor será a probabilidade de aceite por parte do réu. Contudo, fatores como

[...] aversão ao risco (quanto maior, mais provável o acordo e mais baixo o seu valor), o *bluff* (benefício para aquele que o faz) ou excessivos custos da litigância (quanto maiores, mais provável o acordo e mais baixo o seu valor) podem funcionar (isolados ou agregados) como impulsionadores do acordo. (PATRÍCIO, 2005, p. 55-56).

Nesse sentido, complementa-se dizendo que existente a aversão ao risco, esse temor ensejará, em muitos casos, por parte do autor, o firmamento de um acordo num montante menor do que foi definido com valor esperado da demanda. Em relação ao réu, ele, possivelmente, oferecerá um valor superior ao fixado em sua expectativa de perda, subtraídos os custos processuais (DIAS, 2009, p. 89).

Por consequência do informado, o acordo se perfectibilizará em caso do réu, o qual detém melhores informações privadas, analisar a proposta do autor e constatar que a probabilidade de derrota justifica a transação, dessa maneira ele o fará. Se a proposta não for aceita, as expectativas da vítima ficam alicerçadas na probabilidade de êxito reduzidos os custos administrativos (DIAS, 2009, p. 88).

Existindo a possibilidade de acordo, as partes procurarão, em síntese, maximizar seus interesses. Consequentemente, a parte ré fará uma ponderação analisando a jurisprudência especializada, a literatura, a legislação, etc, de modo que obtenha como

base um valor médio que justifica a busca pela composição. A parte ofendida, considerando-se que ela não dispõe das mesmas informações, poderá superestimar ou subestimar o valor do dano. No primeiro caso, a conciliação certamente não ocorrerá, já em se tratando de subestimação, ela, com certeza, ocorrerá (MACHADO e DIAS, 2014, p. 394-395).

Contudo, existem hipóteses que apesar da superestimação do dano pela parte, o acordo se mostra proveitoso diante dos custos sociais da lide, isso acarreta a ampliação da possibilidade de propostas capazes de maximizar o interesse dos litigantes, conforme já demonstrado (MACHADO e DIAS, 2014, p. 396-397).

As hipóteses em que a vítima subestima o dano sofrido, ocorrem de duas maneiras: voluntária, que diz respeito ao custo de oportunidade, caso em que a parte estima o montante a ser perseguido judicialmente, a partir de uma necessidade estranha ao processo, tal como – exemplificando – a aquisição de um bem. E, ainda, há a subestimação involuntária, resultante do desconhecimento das bases pelas quais o valor foi fixado, sendo essa uma hipótese decorrente da assimetria informacional (MACHADO e DIAS, 2014, p. 398).

Posner (2007, p. 859) destaca que os interesses no sucesso da demanda não são os mesmos para as partes. Elas podem atribuir valores diferentes ao sucesso da mesma. Por conseguinte, se o valor esperado pelo autor for inferior ao que o réu está disposto a pagar, a probabilidade de acordo será maior do que se esses valores fossem iguais. Porém, a litigação será mais provável se o valor esperado pelo réu for inferior ao que o autor pugna.

Dias (2009, p. 88) informa que a possibilidade de transação se mostrará viável sempre que, diante do desequilíbrio informacional que se encontram os disputantes, a probabilidade da derrota do réu (melhor informado) justificar aquiescer. Caso contrário, o ofendido, baseado em sua expectativa de sucesso, descontados desse montante os custos, proporá a demanda.

Por conta disso, Patrício (2005, p. 50-51) ressalta que:

[...] sempre que as partes chegam a acordo poupam (sem o saberem) menos do que a sociedade no seu conjunto [...] [pois há] custos inerentes ao processo, pessoal especializado, meios técnicos e infra-estruturas necessárias); mais: em caso de assimetria informativa, a parte que recusa o acordo não chega sequer a ter noção dos custos privados a que obriga a incorrer a outra parte.

Por fim, a transação apresenta-se como forma de extinção do processo com

resolução do mérito, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973). Acrescenta-se que o processo também será resolvido em caso de o réu reconhecer a procedência do pedido, no caso do inciso II, do artigo 269, da referida Lei; ou, ainda, o autor renunciar o direito ali pretendido, nos termos do inciso IV, do artigo 269, da mesma Lei.

No ordenamento jurídico pátrio há pouca incidência de conciliação em sede pré-processual ou processual, ainda que caiba ao magistrado estimular os litigantes a realizá-la em qualquer momento do litígio, nota-se a pouca aderência das partes a esse instituto. Dias (2009, p. 89) enumera alguns fatores que podem acarretar a aversão dos envolvidos a composição pacífica da lide.

No panorama brasileiro, cabe apontar a assimetria informacional como um desses fatores, isso porque a fundamentação argumentativa dos disputantes chega ao conhecimento da parte contrária somente na fase postulatória, de forma escrita, e não há obrigatoriedade de contato prévio entre as partes, o que possibilitaria a troca de informações e se prestaria a cientificar os envolvidos das pretensões que serão deduzidas em juízo, viabilizando a negociação. Ocorre que isso não se perfectibiliza e o processo judicial inicia sem que se conheçam as intenções dos demais litigantes, para piorar, a audiência preliminar, que possibilitaria o intercâmbio das provas entre eles, acabou desvirtuada (conforme já demonstrado no tópico 3.1.3) e tampouco, quando realizada, atende suas finalidades.

Assim, verifica-se que a exposição dos argumentos, no âmbito processual, não se presta a corrigir as expectativas das partes nem estimulá-las a conciliarem-se. Muitas delas, detendo informações que as privilegiem, as guardarão para, posteriormente, expô-las, em sede de audiência de instrução e julgamento, ocasião em que cada parte fica em seu extremo e a viabilidade de conciliação, tornar-se, praticamente, inviável (DIAS, 2009, p. 90-91).

Não há explicação clara para esse comportamento, pois como bem afirmam Cooter e Ulen (2010, p. 423-424), sobre a importância da dessa troca:

Quando as partes estão relativamente otimistas, pelo menos uma delas está mal informada. O compartilhamento de informações antes do julgamento reduz o otimismo relativo e, por consequência, promove acordos. Além disso, ao revelar informações privadas para corrigir o falso otimismo de outro lado, a parte que revela informações aumenta a probabilidade de se chegar a um acordo a termos mais favoráveis. Assim, a eficiência (economia do custo do julgamento) e a redistribuição (fortalecer a posição de barganha) incentivam a revelação voluntária de fatos para corrigir o falso otimismo do lado oposto.



Do mesmo modo, as partes tendem a esconder informações que corrigiriam o pessimismo relativo do outro lado, o que também promove os acordos. [...].

[...] Os acordos ocorrem quando as partes estão relativamente pessimistas quanto ao resultado do julgamento, fazendo com que ambos os lados prefiram o acordo ao risco de um julgamento. Quando as partes estão relativamente pessimistas, pelo menos uma delas está mal informada. Ao revelar informações privadas para corrigir o falso pessimismo do outro lado, a parte que faz as revelações piora os termos que a outra parte concordaria em conceder extrajudicialmente. Os fatos oferecem um forte incentivo para esconder as informações que corrigiriam o falso pessimismo do lado oposto da disputa.

Tendo em vista que no processo civil brasileiro essas trocas não ocorrem, há, também, quem atribua essa ineficiência legal à formação dos advogados em cursos de graduação que os preparam para o litígio, os quais, mesmo diante da fragilidade de seus argumentos, levam a demanda até o julgamento, como se isso fosse um fracasso enquanto causídico (DIAS, 2009, p. 91).

De mais a mais, ao mostrarem-se insuscetíveis ao acordo, transmitem ao seu cliente o mesmo sentimento. Assim, por conta dessa confiabilidade depositada no advogado, eles não se submetem a uma negociação pacífica, já que aumentam suas expectativas de sucesso. Desta maneira, em razão do excesso de otimismo o litígio será levado até a sentença final (DIAS, 2009, p. 90).

O segundo fator apontado, será melhor analisado no próximo tópico, diz respeito à “variabilidade excessiva das decisões judiciais no Brasil”, como existem julgados que dão respaldo para todas as teses levantadas em juízo, os advogados sempre encontram fundamento para alicerçar o direito de seu cliente. Como não se pode prever qual o entendimento que será adotado pelo magistrado, acabam por levar a lide até o julgamento, tornando o acordo pouco interessante (DIAS, 2009, p. 91).

Assim, esses fatores concorrem para não instigar as partes a acordarem sobre o objeto do litígio. Além disso, promovem custos sociais desnecessários, uma vez que sendo viável a conciliação, o Poder Judiciário serviria, tão somente, para homologar o litígio, o que reduziria consideravelmente os custos envolvidos no movimento máquina judiciária (DIAS, 2009, p. 91).

Enfim, a análise econômica considera o indivíduo um ser racional que maximiza suas pretensões e busca realizar escolhas do modo mais eficiente (menos custoso) possível. Por conseguinte, quando integrante de uma disputa jurídica ele não se portará de outro modo e pautará sua conduta nas conformidades dos incentivos ali existentes. O Código de Processo Civil (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973), por sua vez, viabiliza oportunidades de redução dos custos sociais da lide, através da conciliação das

partes. Contudo, os institutos destinados a esse fim acabam, muitas vezes, não atendendo seu propósito, dessa maneira, pertinente que se realizem alterações estruturais e corporativas, muito mais do que legislativas.

Para tanto, o magistrado deve realizar seu papel, de maneira que a possibilidade de transação torne-se viável. Assim, utilizar-se-á, principalmente, da audiência preliminar para realização da troca de informações entre as partes, no intuito de que elas corrijam suas respectivas expectativas e tornem o valor esperado da demanda mais ajustado com a realidade.

Ademais, em se tratando da reforma corporativa, ela diz respeito à atuação dos advogados, sobre eles pertinente que haja uma reformulação no currículo da graduação das universidades, de modo que se estimule a resolução de conflitos da maneira menos custosa para a parte e para a sociedade. É, portanto, necessário e urgente que se crie um perfil conciliador nos procuradores das partes, para proporcionar mais eficiência ao processo, bem como evitar eventuais erros judiciais.

Finalmente, destaca-se a importância da inserção no ordenamento pátrio de um método que vincule os juízes singulares aos precedentes dos Tribunais Superiores, isso ensejará maior equanimidade nas decisões proferidas eles. E, ainda, possibilitará maior e melhor previsibilidade acerca do desfecho do litígio, favorecendo o acordo naquelas demandas fadadas ao insucesso e tornando mais exato o cálculo do VED.

### 3.1.6 Análise econômica do sistema de precedentes

Ficou demonstrado no Tópico 2.3.6 de que, vagarosamente, o sistema de precedentes ingressa no ordenamento jurídico brasileiro, privilegiando os julgamentos emanados pelas mais altas Cortes do país – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça –, tornando-os, em certos casos, de observação obrigatória pelos Tribunais. Trata-se, assim, segundo Dias (2009, p. 96) do processo de “verticalização das decisões judiciais”.

A análise econômica do processo ressalta a importância dos julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores, visto que eles têm o condão alterar o cálculo do Valor Esperado da Demanda (VED), pois influenciam diretamente na formulação das expectativas de sucesso/insucesso da causa. E, mais do que isso, promovem a correção dos erros do juízo *a quo*, por meio da apreciação dos recursos interpostos pelos

prejudicados, como forma de “evitar que decisões imprecisas promovam expectativas indesejadas” (MACHADO e DIAS, 2014, p. 399).

O controle de constitucionalidade pátrio é denominado misto, pois viabiliza o reconhecimento da constitucionalidade das leis através de ações junto ao STF, bem como de recursos ou equivalentes recursais por meio de demandas individuais. Quanto às ações, elas possuem eficácia geral, isto é, impõe um parâmetro de decisão – é o controle concentrado, o qual não objetiva solucionar um conflito privado, mas sim enfrentar uma dissidência na aplicação de uma norma constitucional, que, futuramente, vinculará todas as decisões que versarem sobre o mesmo objeto, por ter sido ele já apreciado pela Corte Constitucional e por possuir eficácia *erga omnes* (DIAS, 2009, p. 96).

Quando aos recursos individuais decorrentes de controle difuso, a partir da CRFB (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), passaram a entulhar as prateleiras dos Tribunais. Isso ensejou a criação de técnicas processuais com a finalidade reduzir a demanda destas Cortes. Consequentemente, por meio da reforma intentada pela Lei n. 11.417/2006 (BRASIL. Lei nº 11.417 de 19 de dezembro de 2006), que passou a exigir ampla relevância constitucional, como forma de admissão de recurso ao STF. Assim, de certo modo, alterou-se a finalidade do Recurso Extraordinário, o qual “passou a ser base a partir da qual pode ser extraído um comando genérico capaz de operar o efeito *erga omnes* em situações similares à julgada” (DIAS, 2009, p. 97).

Em vista disso, a introdução da Súmula Vinculante (criada pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004 e regulamentada pela Lei supramencionada) possibilitou que uma decisão do STF obtivesse caráter de observância obrigatória e inafastável pelos demais Tribunais (DIAS, 2009, p. 98).

Posner (2007, p. 836) revela que uma decisão que contenha um determinado precedente mostra-se fraca, pois não tem o viés de influir no julgamento dos demais juízes, já que é facultada sua adoção, podendo eles, inclusive, rechaçá-la. Todavia, reiteradas decisões que tratam da dessa mesma questão e reproduzam esse mesmo precedente, tem capacidade de criar uma regra legal com a mesma força de Lei, acarretando a obrigatoriedade da obediência pelos demais togados, inclusive pelo Tribunal que a emanou.

Em matéria infraconstitucional, adotou-se a técnica do *lead case*, com a inclusão dos artigos 543-A, 543-B e 543-C, no Código de Processo Civil (BRASIL. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973), trata-se da eleição de um caso paradigma que acarretará um igual

desfecho a todos os casos similares ao que está ali contido. Dessa maneira, as causas pendentes junto ao STF ou ao STJ e idênticas serão abarcados por esse julgamento, impondo-se uma solução comum (DIAS, 2009, p. 98).

Evidentemente que o Brasil, através desses institutos caminha para o que Dias (2009) preferiu denominar de verticalização das decisões judiciais, consubstanciados na obediência aos precedentes. Nessa linha, Carvalho (2013, p. 331) ressalta que “quanto maior for a hierarquia do julgador, maior será sua capacidade de gerar tanto bem público quanto mal público com suas decisões”, assim, a criação desse filtro que enseja a obrigatoriedade da repercussão geral para que o recurso seja analisado pelo STF, tem

[...] importância fundamental para a manutenção do sistema jurídico como gerador de externalidades positivas. A possibilidade de a Suprema Corte dedicar-se a poucos processos que, por sua natureza, atinjam muitos, ajuda na fabricação de decisões coerentes e estáveis, que irradiem a generalização congruente de expectativas normativas, no dizer de Luhmann.

Além das externalidades positivas geradas apenas pela jurisprudência estável e da consequente estabilização dos sentidos normativos obviamente é fundamental levar em conta as externalidades decorrentes da solução específica para o litígio, que servirá de regra geral para todos os demais indivíduos [...]. (CARVALHO, 2013, p. 331).

Desse modo, há que se premiar aquele que ingressa com uma ação que, além de solucionar a sua disputa privada, engloba questões de direito, já que acaba por resolver todas as demais que tenham como objeto essa discussão. Disputas jurídicas que promovem a criação de precedentes judiciais ocasionam um ganho social muito grande, por conta da externalidade positiva ali gerada. Sustenta-se que o Estado deveria subsidiar grande parte dos custos referentes aos recursos concernentes aos temas que possuem interesse geral, pois os autores destas petições internalizam a menor parte de seus efeitos, comparando-se à sociedade (COOTER e ULEN, 2010, p. 451).

Tal reconhecimento, segundo Posner (2007, p. 838), é merecido, pois os custos do acordos extrajudiciais são bem menores que os de uma demanda judicial. Basta que somente um dos litigantes espere ganhar com o litígio mais do que o outro disputante espere que ele ganhe, para que seja inviável um acordo, pois essa composição não se prestaria a colocá-los em uma melhor situação que, para eles, o litígio lhes colocaria. Acrescenta-se que:

[...] A incerteza é uma condição necessária para a divergência de estimativas. [...] Se é grande, haverá muita litigação, incluindo-se muita litigação em sede de apelação. Uma vez que litigação, particularmente, em nível de apelação, gera precedentes, o aumento da litigação conduzirá a uma redução da

imprevisibilidade legal, fazendo como que a quantidade de litigação diminua no período seguinte. Finalmente, quando se produzem poucos precedentes novos, a incerteza legal aumentará a medida que se depreciarem os precedentes antigos (porque eles são menos informativos em um ambiente alterado), e esta imprevisibilidade suscitará um novo aumento na litigação e, portanto, uma produção maior de precedentes. Assim, pois, até quando não há mercado para precedentes como tal [situação], a produção de precedentes aumentará quando seu valor social aumentar por consequência do aumento na incerteza legal e diminuirá a medida que esse valor baixa. (POSNER, 2007, p. 838). (tradução nossa).<sup>32</sup>

Merece destaque a justificativa de Cooter e Ulen (2010, p. 456) sobre importância dos precedentes:

Um padrão normativo importante em economia é a eficiência de Pareto. Segundo esse padrão, uma melhoria deixa um indivíduo em melhor condição sem piorar a condição de qualquer outro indivíduo. Quando um Tribunal recursal adota um novo precedente, uma parte da disputa vence e a outra perde. Uma mudança com perdedores não é uma melhoria segundo o padrão de Pareto. Assim, em sua interpretação mais simples, o padrão de Pareto não oferece qualquer orientação de como adjudicar disputas. Mas também explicamos que as pessoas que discordam quanto a melhor regra para resolução de sua disputa atual podem não concordar quanto a melhor para resolução de disputas futuras. Se a aplicação futura de uma nova regra melhora a condição de todos sem piorar a de ninguém, dizemos que a nova regra é uma melhoria segundo o padrão de Pareto *ex ante*.

O conceito modificado de eficiência de Pareto é bastante útil na análise econômica do direito. Quando um tribunal recursal adota uma nova regra cuja aplicação futura é melhor para todos, o tribunal pode estar argumentando, em termos diferentes, que o novo precedente é Pareto eficiente *ex ante*.

Ademais, com fulcro na Análise Econômica do Processo Judicial, há também que se falar sobre o sistema recursal brasileiro. Há considerável número de recursos previstos no Código de Processo Civil (BRASIL. Lei nº 5.969, de 11 de janeiro de 1973) – entre os artigos 496 ao 546, bem como na CRFB (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) e nas leis esparsas –, sendo que o papel fundamental desse instrumento é revisar decisões proferidas por juízes, no intuito de promover a correção necessária aos julgados resultantes de erros, bem como uniformizar a jurisprudência dos tribunais, conforme já demonstrado, de modo que sirvam de orientação aos jurisdicionados, atendendo, assim, a sua função social (MACHADO e

32 “La incertidumbre es una condición necesaria de tal divergencia de las estimaciones. [...] Si es grande, habrá mucha litigación, incluida mucha litigación de apelación. Pero dado que la litigación, en particular al nivel de apelación, genera precedentes, el aumento de la litigación conducirá a una reducción de la incertidumbre legal, haciendo que la cantidad de la litigación baje en el periodo siguiente. Finalmente, cuando se producen pocos precedentes nuevos, la incertidumbre legal aumentará a medida que se deprecian los precedentes antiguos (porque son menos informativos en un ambiente cambiado), y esta incertidumbre suscitará un nuevo aumento de la litigación y, por lo tanto, una producción mayor de precedentes. Así pues, aun cuando no haya mercado para los precedentes como tales, la producción de precedentes aumentará cuando su valor social aumente a resultas de la mayor incertidumbre legal y disminuirá a medida que esse valor baja”. (POSNER, 2007, p. 838).

DIAS, 2014, p. 401).

Mais uma vez, frisa-se que o agente racional não interporá um recurso, caso não acredite que ele resultará numa condenação inferior aos custos a ele inerentes. O sistema recursal permite que os jurisdicionados levem ao conhecimento do Tribunal informações privadas dos juízos inferiores, possibilitando a análise e a correção de eventuais erros cometidos por esses. Por sua vez, o recurso é interposto para atacar uma decisão que, supostamente, está eivada de falhas. Esse sistema presta-se a reduzir os custos administrativos e os custos dos erros na decisão. É por acreditar que o tribunal derrubará essa decisão que o litigante insatisfeito o maneja (COOTER e ULEN, 2010, p. 452-453).

Machado e Dias (2014, p. 400) retratam o sistema recursal como o mecanismo “de fiscalização eficiente do desempenho dos juízes de primeira instância”, pois os magistrados, através das partes, tomam ciência das decisões equivocadas, sem que necessite constituir um método para investigá-los.

Além disso, a relevância da existência do sistema recursal reside no fato de que, supondo que só chegarão até as Egrégias Cortes decisões errôneas, pelo menos em sua grande maioria, ele se presta a eliminá-las a um custo comparativamente mais baixo. Outrossim, justifica-se a existência dos recursos por conta de sua função social, pois alimentam o arcabouço jurisprudencial do país, o qual norteará a comunidade jurídica, de modo a coibir o manejo demandas frívolas (MACHADO e DIAS, 2014, p. 401).

Contudo, no caso do Brasil, nas decisões prolatadas pelos Tribunais superiores, mesmo que diante da viabilidade constitucional e legal de formulação de precedentes, o processo de verticalização não se perfectibiliza, pelo menos, não eficientemente. Isso porque, diuturnamente, são proferidas decisões divergentes sobre o mesmo objeto, tornando, assim, irreais as perspectivas dos litigantes sobre o desfecho de suas ações. Por conseguinte, num ambiente de indefinição, a pior estratégia é a renúncia ao ingresso, salvo se as expectativas diante dos custos, forem negativas. Não havendo esse impedimento, em decorrência daquele cenário, os litigantes estarão motivados a não realizarem acordos, bem como a interpirem recursos, pois suas expectativas serão sempre positivas (DIAS, 2009, p. 100-101).

Com bem assinalam Cooter e Ulen (2010, p. 30):

A resolução da maioria das disputas jurídicas – como, por exemplo, se o réu precisa pagar ressarcimento de danos ou se ele tem de desistir de uma atividade específica – tem valor monetário. Decidir um litígio quase sempre implica alocar o risco entre as partes. A decisão a respeito de quanto do risco cada parte recebe cria um incentivo para o comportamento futuro, não só das partes específicas

envolvidas nessa disputa, mas de todas as outras que estiverem numa situação semelhante.

A imprecisão nas decisões prejudica, igualmente, os demandados, pois é impossível estimar o valor da eventual condenação e, destarte, esperar por uma condenação futura, nessas situações, é economicamente interessante, em vez procurar uma conciliação destituída de quaisquer parâmetros objetivos (DIAS, 2009, p. 100).

Além de tudo que foi explanado, a divergência jurisprudencial compromete a decisão racional de litigar ou de acordar, pois a calculabilidade das expectativas ficam severamente prejudicadas diante desse ambiente de imprecisão. Desse modo, a própria função, que é de significativo interesse público, de guia dos jurisdicionados é desvirtuada. Portanto, o que ocorre é um cenário de ampla instabilidade dos julgados, onde a interposição de recurso, em pouquíssimas situações, é desestimulada.

Assinala Dias (2009, p. 103):

[...] a adoção de um modelo forte de atendimento aos precedentes resulta na melhora da avaliação das expectativas de propositura das ações, coibindo o pleito por demandas frívolas.

A melhora na avaliação das expectativas, por sua vez, induz a um aumento das possibilidades de transação, em comparação com os cenários que admitem julgamentos indiscriminadamente divergentes. [...].

[Esse] sistema de precedentes promove uma redução significativa dos custos dos processos subsequentes, o que é ainda otimizado se, como no caso brasileiro a aplicação é inicial sob a forma de inadmissão de recursos em sentido diverso.

Essa estratégia institucional e processual, tende a tornar as relações entre os jurisdicionados mais previsíveis em função da incidência de um marco decisório publicamente conhecido.

Por fim, acrescenta-se outro problema ao ordenamento jurídico brasileiro, que além de não oferecer respostas claras e confiáveis às expectativas dos litigantes, dá outro estímulo a interposição de recursos, que são os baixos custos de interposição, que não se prestam a coibi-los ou, ao menos, filtrá-los. Sem considerar neste ponto o caso dos beneficiados pela assistência judiciária gratuita – da Lei nº 1.060 de 5 de fevereiro de 1950 (MACHADO e DIAS, 2014, p. 402).

Posner (2007, p. 389) considera que o descumprimento dos precedentes pelo juízes ocasionariam um vultuoso estímulo a litigância, além de conferir fragilidade aos julgamentos dos Tribunais. Esse volume, por sua vez, aumentaria a insegurança jurídica, que restou instaurada em virtude dos caprichos desses magistrados, os quais pretendiam dar mais autoridade a sua decisão do que àquela já firmada pelos Tribunais. Desse modo,

segundo o autor, o Poder Judiciário perderia sua credibilidade frente aos jurisdicionados. Esse é o cenário verificado nos Tribunais brasileiros, claramente rechaçado por Posner.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente trabalho, buscou-se demonstrar a viabilidade da aplicação das premissas da Análise Econômica do Direito ao processo judicial civil brasileiro, a fim de conferir mais eficiência à prestação jurisdicional.

Para concretizar a finalidade desse trabalho, os temas jurídico-processuais selecionados, dispostos no Código de Processo Civil de 1973, foram observados sob ótica econômica.

Dessa maneira, sobre as *astreintes* – instituto previsto no artigo 461, do atual CPC – é possível concluir que elas prestam-se ao fim a que se destinam. Isso, pois, configuram um meio de coerção hábil, que objetiva pressionar, psicológica e patrimonialmente, o executado, a fim que cumpra a determinação judicial, em sede de obrigação de fazer ou não fazer. Todavia, alicerçando-se na ótica econômica, nota-se que tal instituto clama por aperfeiçoamento, pois, conforme restou demonstrado no presente trabalho, quanto maior o valor fixado à multa por descumprimento ou por atraso do cumprimento da obrigação, mais estimulado estará o executado a cumpri-la no prazo legal. Porquanto, mesmo diante da liberdade conferida pelo legislador ao togado quanto ao valor a ser fixado a título de multa, vislumbra-se que os juízes não imprimem o montante adequado para dissuadir o réu ao cumprimento.

Tal afirmação decorre, principalmente, da análise dos julgados do Superior Tribunal de Justiça. Depreende-se dessas decisões que, mesmo quando se define um valor que se preste a compelir o demandado a executar a sua obrigação, passado um período em que a multa já incidiu, com ou sem o adimplemento, os valores fixados em *astreintes*, acabam por ser minorados nessa instância recursal. Aqui, não se pretende afirmar que os juízes não devem se utilizar-se do dispositivo legal que prevê a minoração ou majoração da multa, caso ela se torne insuficiente ou excessiva. Porém, visa-se, impreterivelmente, ressaltar, que, quando há minoração dos valores fixados, nos casos de imposição de multa por inadimplemento ou por atraso no cumprimento, os magistrados acabam por retirar daquela técnica dissuasória todo seu caráter coercitivo. Já que, sabendo que terão os valores reduzidos pelos Tribunais, estimuladas as partes estarão em não adimplir no prazo a sua obrigação.

Ademais, o CPC de 1973, não viabilizou a execução imediata da multa (do artigo 461), ocorre que, com a promulgação do nCPC de 2015 (em seu artigo 522), esse

infortúnio, foi, em princípio, sanado. A relevância da possibilidade da execução provisória desse instituto, é, igualmente, em razão caráter coercitivo da multa. Pois o cumprimento provisório da sentença implicará a perfectibilização do efeito dissuasório das *astreintes*.

Quanto à análise econômica da multa por ato atentatório a dignidade da jurisdição, por descumprimento do dever de parte e por litigância de má-fé, há que ressaltar que esse instituto, apesar de bem-intencionado, não se presta ao fim a que destina. Tal afirmação decorre do fato de que as multas previstas nos artigos 600, 14 e 18, são irrisórias se comparadas às benesses auferidas pelo infrator quando da violação dos dispositivos, isto é, considerando-se o ganho imediato supere o produto da magnitude da sanção pela recorrência da aplicação, o litigante racional agirá imbuído de má-fé.

Além disso, cabe destacar que a imposição de multa, mesmo fixada no patamar dos 20% do valor da causa – como em caso de violação do inciso V, do artigo 14 ou em algum dos incisos, do artigo 600 –, na maior parte dos casos, não obriga as partes a atuar em conformidade com os preceitos legais. Porquanto, esse instituto é deficiente, pois não engloba os menos abastados que não poderão arcar com esses valores, tampouco os ricos, que não se sentem dissuadidos a agir com boa-fé processual. Desse modo, importante que se repense a possibilidade restrição da liberdade por ato atentatório a dignidade da justiça, a fim de que a norma incida, efetivamente, sobre todos àqueles a que a Lei se destina.

Por fim, acerca das multas, apesar da majoração do valor que poderá ser fixado a título de multa por litigância de má-fé para até 10% do valor da causa (artigo 81, do nCPC), não há como afirmar que, ainda assim, os agentes agirão em desconformidade com o princípio da boa-fé. Porém, pode-se atestar que a melhor alternativa é a de que o legislador confira ao magistrado a possibilidade de atribuir à multa o valor que entender pertinente, de acordo com o exame das especificidades do caso concreto, atentando-se principalmente a redução dos ganhos imediatos com a violação. Ademais, também é relevante que os Tribunais mantenham o valor ali arbitrado, a fim de que não se retire a coercibilidade da imposição.

Observando-se audiência preliminar do atual CPC, sob a ótica econômica, informa-se, de pronto, que ela desvirtuou-se. Nesta ocasião, dever-se-ia estimular a resolução pacífica do litígio, bem como o intercâmbio das informações concernentes à prova, no intuito de colocar as partes em um mesmo patamar informativo, de modo a possibilitar o acordo. Porém, não é o que ocorre, a sua tripla destinação (conciliatória, sanatória e instrutória), resume-se, quase sempre, na inviabilidade da conciliação, na resolução das

questões processuais pendentes e na fixação dos pontos controvertidos, para que sejam determinadas as provas que serão produzidas posteriormente.

Destaca-se que a decisão sobre esses pontos não vincula os envolvidos, o que acarreta o silêncio dos litigantes sobre suas provas e a transferência para a audiência de instrução em julgamento, do que poderia ter sido esgotado anteriormente. Assim, diferentemente do que ocorre no processo norte-americano, onde se viabiliza a revelação das provas antes da apresentação da demanda judicial, objetivando-se a correção nas expectativas dos envolvidos no litígio sobre o sucesso ou insucesso da demanda, no direito processual brasileiro as perspectivas nunca se tornam reais.

Em decorrência disso o acordo é inviabilizado, pois, geralmente, após a realização da audiência preliminar as partes continuam com informações privadas, que não ensejam a conciliação; não se desiste do feito, pois não há como saber da frivolidade de seu pleito; o processo é levado até o julgamento, aumentando todos os custos sociais do litígio e, conseqüentemente, os administrativos e os erros judiciais.

Cabe, aqui, informar que o nCPC, prevê uma audiência preliminar mediatória ou conciliatória (artigo 334 e seguintes), antes da resposta do réu, que será exercida por um mediador ou conciliador em comunhão com as partes. Por consequência da adoção por esta nova Lei do modelo processual cooperativo, provavelmente haverá na *actio* maior intercâmbio informacional entre os litigantes, permitindo, assim, sua planificação, visto que serão sanadas as assimetrias, favorecendo a troca de provas, tornando-se reais as expectativas sobre o resultado da demanda e, sobretudo, viabilizando a autocomposição, entre outras benesses.

Quanto à análise econômica dos custos processuais, destaca-se que o modelo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, o qual prescreve que o perdedor arca com esse ônus (na forma prescrita no artigo 20, do atual CPC) ou que o ônus é reciprocamente distribuído, de acordo com a proporção da perda (artigo 22, do atual CPC), presta-se a desestimular o ingresso de demandas frívolas, por aqueles que tem aversão ao risco ou não estão otimistas em relação ao sucesso do feito. Essas regras, nos referidos casos, acabam viabilizando o acordo.

Ocorre que, no Brasil, diferentemente dos países europeus que adotam esse modelo, é visível que acontecem mais litígios e menos acordos, pois as expectativas dos litigantes, na maior parte das lides, são irreais. Isso decorre da impossibilidade de se realizar um cálculo fiel do valor esperado da demanda, pois há pouca unanimidade nas decisões judiciais, tornando as expectativas, do potencial litigante, na maioria das vezes,

positivas.

Destaca-se, ainda, que os custos processuais constituem um óbice ao manejo desenfreado de ações, em que a possibilidade de êxito é baixa, pois se as despesas e as custas constituem um valor superior ao buscado na ação, o agente, dotado de racionalidade, não a proporá.

Todavia, a existência da Lei nº 1.060/50, a qual prevê a gratuidade da justiça àquele que não dispõe de recursos para litigar, acaba por alterar a estrutura de incentivos constante na regra que de que o perdedor pagar arca com tais despesas. Isso porque, da forma como foi positivada – a qual exige, apenas, a mera declaração de hipossuficiência para que se valha dessa benesse –, os favorecidos estarão com suas expectativas sempre positivas, pois perdendo ou ganhando, não arcarão com os custos processuais.

No atual CPC e na Lei nº 1.060/50, não há previsão de quaisquer sanções àqueles que se utilizam da condição de carência financeira para ingressar com demandas fadadas ao sucesso, as quais só geram custos sociais a população. Porquanto, o nCPC tratará da justiça gratuita no corpo da Lei e, dentre os seus dispositivos, há o que preleciona que a “concessão de gratuidade não afasta o dever de o beneficiário pagar, ao final, as multas processuais que lhe sejam impostas” (artigo 98, § 4º). E, também, versando sobre a revogação do benefício “a parte arcará com as despesas processuais que tiver deixado de adiantar e pagará, em caso de má-fé, até o décuplo de seu valor a título de multa, que será revertida em benefício da Fazenda Pública estadual ou federal e poderá ser inscrita em dívida ativa” (artigo 100, parágrafo único).

Acredita-se que o ordenamento jurídico pátrio encontra-se em ascensão, no que diz respeito às custas processuais, pois, ainda que devido ao Princípio da inafastabilidade da jurisdição, o Poder Judiciário seja obrigado, constitucionalmente, a apreciar todas as lides que lhe são apresentadas, os custos processuais e, agora, as sanções àqueles que desvirtuam a finalidade da gratuidade da justiça, acabam por realizar um filtro às lides temerárias. E, conseqüentemente, desoneram os cidadãos.

No que concerne à conciliação, no direito processual civil brasileiro admite-se o acordo tanto extrajudicial quanto judicial como forma de extinção do processo com resolução do mérito. Há que se informar que qualquer dos caminhos escolhidos pelas partes implicarão custos – seja o acordo ou a propositura da ação –, mas é inegável que as despesas envolvidas em uma negociação pacífica são menores que os do litígio judicial. Considerando que, já de início, na árvore de escolhas, uma das primeiras a ser realizada, será a opção por acordar ou litigar, nessa ponderação deverão ser

considerados o valor envolvido, as chances de êxito e os custos do processo. Sendo as expectativas positivas, provavelmente, o demandante ingressará com a *actio*.

Da análise econômica deste instituto processual, depreende-se que são fatores como o otimismo mútuo, as informações assimétricas, a falta de unanimidade jurisprudencial, a aversão dos advogados aos acordos, que acarretam o cálculo irreal das expectativas e, assim, acabam por inviabilizar o acordo. Dessa maneira, mostra-se imprescindível uma reforma estrutural e corporativa, de modo que se viabilizem mais conciliações, pois elas dão mais eficiência aos litígios (menos custos e mais benefícios), pois permitem a maximização de suas expectativas, beneficiando não só as partes, mas a sociedade como um todo.

Em conformidade com o anteriormente explanado, acredita-se que o nCPC permitirá maior cooperação entre os litigantes, de modo que suas expectativas se tornem mais ajustadas a realidade. O que, possivelmente, ensejará na perfectibilização de mais acordos, reduzindo os custos sociais da lide, desenvolvendo nos causídicos um perfil conciliador, entre outras benesses.

Ao final, sobre análise econômica do sistema de precedentes, informa-se que, no modelo do atual do CPC, não ocorre a verticalização das decisões judiciais, que é objetivo da instituição desse modelo. Isso porque, diferentemente do que ocorre nos países da *common law*, no ordenamento jurídico brasileiro os parâmetros de decisão ofertados à comunidade jurídica não são seguidos e, ainda, oferecem, na maior parte dos casos, teses para ambos os lados da demanda. Assim, as expectativas dos litigantes são sempre positivas, pois não há como prever qual será a tese jurídica adotada pelo magistrado. Consequentemente, diante desta insegurança jurídica, a última opção será a de se render ao acordo ou de não interpor o recurso.

Além disso, a finalidade econômico-jurídica do sistema recursal é a de correção de eventuais erros cometidos pelos juízes de instâncias inferiores, bem como o de uniformização jurisprudencial, porquanto, o Poder Judiciário brasileiro encontra-se em colapso, em consequência do desrespeito aos julgados das cortes superiores e dos baixos custos de interposição de recursos.

Crê-se que com a entrada em vigor do nCPC, tendo em vista a incorporação nessa Lei de um sistema de precedentes, haverá a formação uma jurisprudência sólida, que obrigue os juízes e os tribunais a uniformizarem os seus entendimentos, no intuito de conferir integridade e coerência às decisões judiciais emanadas pelas mais altas Cortes do país (na forma do artigo 926, da referida Lei). Assim, com a obrigatoriedade da

obediência pelos demais togados, os recursos servirão para produzir externalidades positivas, ensejando a estabilização jurisprudencial e possibilitando um ganho social imensurável.

Por fim, demonstrou-se a viabilidade da aplicação da análise econômica aos temas jurídico-econômicos selecionados no atual Código de Processo Civil, assim, observaram-se esses institutos visando apontar suas ineficiências, para que sejam elas sanadas pelo legislador ou pelo aplicador da Lei. Além disso, apresentou-se, resumidamente, as melhorias trazidas pelo nCPC. Nota-se que os indivíduos movem-se por incentivos e suas condutas serão definidas de acordo com o que lhe proporcionar maiores ganhos e menores custos, ensejando, assim, maior satisfação. No processo judicial civil, eles agirão pautados pelos incentivos que as normas jurídicas lhe dão, e, conforme restou, veementemente, demonstrado, se a violação do dispositivo lhe trazer mais benesses que o cumprimento da Lei, o litigante racional o descumprirá.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Fernando Santos. **Análise econômica da litigância: teoria e evidências**. 2009. 118 f. Monografia – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/25355/000738187.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

ASSIS, Araken de. O *contempt of court* no direito brasileiro. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 318, 2004. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/araken%20de%20assis\(4\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/araken%20de%20assis(4)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em: 17 jun. 2015.

BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. **Breves considerações acerca da análise econômica do processo judicial**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=363b688b0469919e>>. Acesso em: 08 mar. 2015.

BECKER, L. A. (Org.). **Qual é o jogo do processo?**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2012.

BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. Princípio da eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BRAGA, Paula Sarno. O parágrafo único do art. 14 do CPC e a multa punitiva imputada aos infratores do dever processual previsto no inciso V: um *contempt of court* à brasileira. **Revista dialética de direito processual: RDDP**. São Paulo, n. 17, ago. 2004. Disponível em: <<http://www.didiersodrerrosa.com.br/artigos/Paula%20Sarno%20Braga%20-%20O%20par%C3%A1grafo%20%C3%Banico%20do%20art%2014%20do%20C%20PC%20%28contempt%20of%20court%29.pdf>>. Acesso em: 4 jun. 2015.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 5.969, de 11 de janeiro de 1973. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm)>. Acesso em: 24 jun. 2015.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.015, de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 24 jun. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 24 jun. 2015.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm)>. Acesso em: 25 jun. 2015.

BRASIL. Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L1060compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060compilada.htm)>. Acesso em: 24 jun. 2015.

BRASIL. Lei n. 10.444 de 7 de maio de 2002. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/2002/L10444.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/2002/L10444.htm)>. Acesso em: 24 jun. 2015.

BRASIL. Lei nº 11.417 de 19 de dezembro de 2006. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm)>. Acesso em: 26 jun. 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processo civil I**. 6. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 16. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 22. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1998.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 3. Campinas: Bookseller, 1998a.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DELLORE, Luiz. **Justiça gratuita no novo CPC: o lado A**. abr. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/justica-gratuita-novo-cpc-lado>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

DELLORE, Luiz. **Novo CPC: o lado B da justiça gratuita**. abr. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/novo-cpc-o-lado-b-da-justica-gratuita>>. Acesso em 30 jun. 2015.

DIAS, Jean Carlos. **Análise econômica do processo civil brasileiro**. São Paulo: MÉTODO, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 8. ed. v. 2. Salvador: PODIVM, 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 10. ed. v. 2. Salvador: PODIVM, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 14. ed. v. 1. Salvador: PODIVM, 2012.



DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 17. ed. v. 1. Salvador: PODIVM, 2015.

DOMINGUES, Vitor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FERNANDEZ, Leandro. Metodologia da pesquisa e a análise econômica do direito: fundamentos de uma abordagem consequencialista da investigação jurídica. **Revista UNIFACS**, Salvador, v. 156. 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2659/1919>>. Acesso em: 14 maio de 2015.

GALDINO, Flavio. Introdução à análise econômica do processo civil (I). **Revista Quaestio Juris**. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2005. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/view/11755>>. Acesso em: 26 jun. 2015.

GAMBA, Marcelo Schmitt. **A análise econômica do direito e a crise do Poder Judiciário**: uma leitura crítica a partir de Richard A. Posner. 151 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.

GAZDOVICH, Rosangela. A litigância de má-fé. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 112, maio 2013. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13176&revista\\_caderno=21](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13176&revista_caderno=21)>. Acesso em jun 2015.

GICO JÚNIOR, Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GICO JÚNIOR, Ivo T. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GONÇALVES, Everton das Neves. **A teoria de Posner e sua aplicabilidade à ordem constitucional econômica brasileira de 1988**. 1997. 409 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106450>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. O direito e a *Law and Economics*: possibilidade interdisciplinar na contemporânea teoria geral do direito. In: SEMANA JURÍDICA DO DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS DA FURG, 24. 2005. **Revista do Departamento de Ciência Jurídicas**. Rio Grande: FURG, 2005. Disponível em: <<http://www.seer.furg.br/juris/article/view/595/138>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil: execução e processo cautelar**. 5. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2012.

Herzl, Ricardo Augusto. **Neoprocessualismo, processo e constituição**: tendências do direito processual civil à luz do neoconstitucionalismo. 2012. 150 f. Dissertação (Mestrado

em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/100985/314859.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 21 de maio de 2015.

MACHADO, Rafael Bicca; DIAS, Jean Carlos. Análise econômica do processo. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MAIA FILHO, Napoleão Nudes. A audiência preliminar e a sequência do processo. **Revista do Tribunal Regional de 5ª região**. Pernambuco, Alagoas, Ceará, Paraíba, Rio Grande do Norte e Sergipe, n. 56, abr./jun. 2004. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/documento/?arquivo=A+audi%EAncia+preliminar+e+a+sequ%EAncia+do+processo.pdf&tipo=p10>>. Acesso em: 26 jun. 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. **Manual de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: MÉTODO, 2014.

OLIVEIRA JÚNIOR, Raimundo Frutuoso. Aplicações da análise econômica do direito. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19, 2010. **Anais dos XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Fortaleza: UFCE, 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3155.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2014.

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise econômica da litigância**. Coimbra: Almedina, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Curso de law & economics**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. Disponível em: <<http://www.iadb.org/res/laresnetwork/files/pr251finaldraft.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

PORTO, Antônio José Maristrello; GRAÇA, Guilherme Mello (Colab.). **Análise econômica do direito (AED)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013. Disponível em: <[http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/analise\\_economica\\_do\\_direito\\_2013\\_2.pdf](http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_2013_2.pdf)>. Acesso em: 12 maio 2015.

POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. 2. ed. México: FCE, 2007.

POSNER, Richard A. El análisis económico del derecho en el *common law*, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo. **Revista de Economía y Derecho**, v. 2, n. 7, 2005. Disponível em: <[http://aulavirtual.derecho.proed.unc.edu.ar/file.php/147/Articulo\\_201\\_20Posner.pdf](http://aulavirtual.derecho.proed.unc.edu.ar/file.php/147/Articulo_201_20Posner.pdf)>. Acesso em: 24 jun. 2015.

POSNER, Richard A. **Para além do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. **Empório do Direito**, agost. 2010. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/a-historia-do-declinio-e-queda-do-eficientismo-na-obra-de->>

richard-posner-por-bruno-meyerhof-salama/>. Acesso: 28 abr. 2015.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia?. **Caderno Direito GV**, v. 5, n. 2, mar. 2008. Disponível em: <[http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2015/04/CadernosDireitoGV\\_PesquisaDireitoEEconomia.pdf](http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2015/04/CadernosDireitoGV_PesquisaDireitoEEconomia.pdf)>. Acesso em: 28 abr. 2015.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “direito e economia”?. **Revista UNIFACS**, Salvador, v. 160. 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2793>>. Acesso em: 21 abr. 2015.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz Gomes. **Teoria geral do processo civil**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

STRINGARI, Amana Kauling. **Eficiência na administração pública brasileira**: uma proposta de aplicação pelo estudo crítico da análise econômica do direito. 2012. 180 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/96200/301373.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil : teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 53. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law* e *common law*. **Revista dos Tribunais**, v. 893, p. 33, mar. 2010.